

# El uso de las obras en el entorno digital: en busca de nuevos equilibrios. Análisis jurídico en Derecho francés y español.

*L'usage des œuvres dans l'environnement numérique : à la recherche de nouveaux équilibres. Analyse juridique en droit français et espagnol.*

Thèse de doctorat de l'Universidad Autónoma de Madrid (UAM) et de l'Université Paris-Saclay, préparée à l'Université Paris-Sud

École doctorale Sciences de l'Homme et de la Société (ED SHS)

Spécialité de doctorat: Droit

Thèse présentée et soutenue à la Faculté Jean Monnet, Sceaux, le 2 mars 2020, par

**Mme Carla Bragado Herrero de Egaña**

Composition du Jury :

Mme Nathalie Martial-Braz Professeur, Université Paris-Descartes	Rapporteur
M. Germán Bercovitz Álvarez Professeur, Universidad de León	Rapporteur
Mme Julie Groffe-Charrier Maître de conférences, Université Paris-Saclay	Examineur
Mme Alexandra Bensamoun Professeur, Université de Rennes 1	Co-directrice de thèse
Mme Pilar Cámara Águila Professeur, Universidad Autónoma de Madrid	Co-directrice de thèse

## **PRINCIPALES ABREVIATURAS CITADAS**

## **INTRODUCCIÓN**

## **PRIMERA PARTE: LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE LOS ACTORES TRADICIONALES**

### **TÍTULO I: LA REIVINDICACIÓN DE UN “DERECHO AL ACCESO” POR PARTE DEL PÚBLICO**

Capítulo 1: El paso de un público “amateur” a un público “consumidor” de obras

Sección 1ª: La reivindicación de un derecho “a la gratuidad”

Sección 2: El tratamiento de la gratuidad por el derecho de autor

Capítulo 2: El paso de un público “pasivo” a un público “activo”

Sección 1ª: La inclusión de los actos de difusión realizados por los particulares en el ámbito del derecho exclusivo

Sección 2ª: La dificultad para encontrar una solución eficaz

### **TÍTULO II: LA TENTACIÓN DE CONTROLAR EL ACCESO POR PARTE DE LOS TITULARES DE DERECHOS**

Capítulo 1: El control del acceso en las nuevas modalidades de comercialización de las obras en línea

Sección 1ª: El control directo de los actos de acceso

Sección 2ª: El control del acceso como etapa previa a la utilización de la obra

Capítulo 2: El refuerzo de las sanciones por medio del control del acceso a las obras

Sección 1ª: La protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección

Sección 2ª: La acción de cesación

## **SEGUNDA PARTE: LA EMERGENCIA DE SOLUCIONES JURÍDICAS ESPECÍFICAS FRENTE A LAS ACTIVIDADES DE LOS NUEVOS ACTORES DEL ENTORNO DIGITAL**

### **TÍTULO I: LAS IMPLICACIONES FORZADAS**

Capítulo 1: Las soluciones locales

Sección 1ª: La solución española a la captación del valor operada por parte de los servicios de agregación de noticias

Sección 2ª: La solución francesa a la captación del valor operada por los servicios de referenciamiento de imágenes

Capítulo 2: Las soluciones europeas

Sección 1ª: La protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea

Sección 2ª: El uso de contenidos protegidos por parte de las plataformas colaborativas

### **TÍTULO II: LAS IMPLICACIONES VOLUNTARIAS**

Capítulo 1: La multiplicación de los instrumentos de *soft law* en el derecho de autor

Sección 1ª: La promoción del “Derecho blando” en el derecho de autor

Sección 2ª: El contenido de los instrumentos de *soft law* en el ámbito de las infracciones de derechos en línea

Capítulo 2: La evaluación de los instrumentos de *soft law* en el ámbito del Derecho de autor

Sección 1ª: El interés de la adopción de instrumentos de *soft law*

Sección 2ª: La debilidad relativa de los instrumentos de *soft law*

## **CONCLUSIÓN GENERAL**

## **BIBLIOGRAFÍA**

*\*[Un índice detallado figura al final del presente trabajo]*

## PRINCIPALES ABREVIATURAS CITADAS

A&M	<i>Auteurs &amp; Médias</i>
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ALPA	<i>Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle</i>
ARCOM	<i>L'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique</i>
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
CA	<i>Cour d'Appel</i>
Cass. 1 <sup>re</sup> civ.	Sentencia de la <i>Chambre première de la Cour de cassation</i>
Cass. com.	Sentencia de la <i>Cour de cassation commerciale</i>
CCE	<i>Communication commerce électronique</i> (revista)
CNC	<i>Centre National du Cinéma</i>
Cons. Const.	Decisión del <i>Conseil Constitutionnel</i>
Conv. EDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal español
CPI	<i>Code de la propriété intellectuelle</i>
CPI	<i>Code de la propriété intellectuelle</i>
CSA	<i>Conseil Supérieur de l'Audiovisuel</i>
CSPLA	<i>Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique</i>
D.	<i>Revue Dalloz</i>
DMCA	<i>Digital Millennium Copyright Act</i>
EIPR	<i>European Intellectual Property Review</i>
HADOPI	<i>Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et sur la protection des droits sur Internet</i>
JCP E	<i>La semaine juridique (éd. Entreprise)</i>
JCP G	<i>La semaine juridique (éd. Générale)</i>

LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información
Obs.	Observaciones (sobre una decision judicial)
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
<i>Propr. industr.</i>	<i>Propriété industrielle</i> (revista)
<i>Propr. intell.</i>	<i>Propriétés intellectuelles</i> (revista).
réf.	<i>Ordonnance des référés</i>
RIDA	<i>Revue internationale du droit d'auteur</i>
RTD Com.	<i>Revue Trimestrielle de Droit commercial</i>
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SNEP	<i>Syndicat national de l'édition phonographique</i>
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGI	<i>Tribunal de Grande Instance de Paris</i>
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRPLI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
WCT	Tratado sobre Derecho de Autor (OMPI)

# INTRODUCCIÓN

1. *Peer-to-peer, streaming, enlaces, framing, cloud computing, user-generated-content, video on-demand, webradios, snippets...* las obras conocen una infinidad de nuevos usos en el entorno digital. “Nuevos usos” que se traducen en una variedad inédita de nuevas formas de acceder, disfrutar, crear, compartir, comunicar, localizar, reproducir, modificar o transformar las obras del espíritu por medio de las redes digitales.

Internet se ha convertido progresivamente en el principal lugar de acceso a las obras y prestaciones protegidas. Hoy en día, el acceso a la cultura y a la información se hace primordialmente a través de este nuevo canal de difusión, distinto de los medios tradicionales de comunicación de masas como la radio, la prensa o la televisión. Así, no es de extrañar que tales medios hayan tenido que realizar inversiones de gran envergadura para adaptarse a estas nuevas formas de producción y difusión de contenidos, con la finalidad de poder ofrecer sus servicios en línea. El entorno digital representa, sin duda, una oportunidad sin precedentes para la difusión de la creación, a la vez que entraña nuevos desafíos a los que el derecho de autor se ve obligado a hacer frente.

2. De sobra son ya conocidos por todos los problemas que plantea el acceso ilegal en línea a los bienes culturales. Internet constituye, en este sentido, un gran portal desde el cual puede accederse libre, a menudo gratuitamente, y muchas veces ilegalmente, a películas, series, música, libros, imágenes, videojuegos, programas informáticos, periódicos, revistas, emisiones de radio, partituras, etc. En la medida en que todos los sectores de la creación confluyen en este nuevo medio o vector de transmisión digital, todos ellos se encuentran de una manera o de otra impactados, si bien los usos ilegales afectan en mayor medida a algunos tipos de obras, principalmente las audiovisuales (y dentro de éstas, de un modo particular a las películas y series)<sup>1</sup>, seguidas de las musicales o grabaciones fonográficas.

---

<sup>1</sup>*Le piratage en France. Malgré de vrais succès, l'essentiel reste à faire. Estimation du manque à gagner lié à la consommation illégale de contenus audiovisuels*, Estudio realizado por Ernst & Young con el apoyo de la ALPA, 2ª edición, junio de 2018, p. 11.

Estos usos ilegales o “piratas” conocen una gran diversidad. Varios modelos de consumo ilegal de bienes culturales coexisten en línea y se encuentran, desde hace algunos años, en constante evolución. En ella participan indudablemente los avances de la tecnología digital, pero también la necesidad de sortear las restricciones que tanto los legisladores como los jueces han ido haciendo de estos usos ilegales. Durante mucho tiempo, las descargas de archivos por medio de las redes *peer-to-peer* representaron la principal modalidad de acceso ilegal a los contenidos en línea. Tanto es así que el legislador francés diseñó un dispositivo específico para poner un freno a este tipo de usos mediante la llamada “respuesta graduada”, instaurada por medio de las Leyes Hadopi I y II<sup>2</sup>. Anteriormente, las conocidas resoluciones de los jueces australianos o norteamericanos en los asuntos *Napster*<sup>3</sup>, *Grokster*<sup>4</sup> y *Kazaa*<sup>5</sup>, hicieron ya que estas redes evolucionasen desde los sistemas de *peer-to-peer* centralizados hasta los sistemas de *peer-to-peer* descentralizados<sup>6</sup>. Sin embargo, esta modalidad de acceso ilegal se ha visto progresivamente suplantada por las descargas directas y por el *streaming*<sup>7</sup>. En la actualidad, el *streaming* es el principal modo de consumo ilegal de los contenidos en línea, seguido de las descargas directas<sup>8</sup>. Las descargas en las redes *peer-to-peer*, por el contrario, han caído vertiginosamente. Además, en los últimos tiempos han surgido otras modalidades de acceso como puede ser el visionado en directo de un canal de televisión de pago sin estar abonado<sup>9</sup>.

---

<sup>2</sup>Loi n° 2009-669 de 12 de junio de 2009 *favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet* (Ley Hadopi I) y Loi n° 2009-1311 de 28 de octubre de 2009 *relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet* (Ley Hadopi II).

<sup>3</sup>*A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9<sup>th</sup> Cir. 2001).

<sup>4</sup>*Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Inc.*, 125 S.Ct. 2764 (2005).

<sup>5</sup>*Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd.* [2005] FCA 1242.

<sup>6</sup>La particularidad de las redes *peer-to-peer* reside en el hecho de que su arquitectura descansa en un intercambio directo de archivos entre dos ordenadores conectados al sistema, sin pasar por un servidor central. En los sistemas de *peer-to-peer* centralizados cada nodo o cliente (término que designa el *software* empleado por cada miembro de la red) se conecta a un servidor central que gestiona los intercambios, la búsqueda o la inserción de información, a pesar de que ésta transita directamente de un usuario a otro. En cambio, en los sistemas descentralizados, cada nodo se comporta simultáneamente como cliente y como servidor, estableciéndose así una conexión directa entre nodos.

<sup>7</sup>El *streaming* consiste en una tecnología que permite la visualización y la audición de un archivo mientras se está descargando. Este tipo de tecnología funciona mediante un búfer de datos (espacio de memoria en el que se almacenan datos de forma temporal) que va almacenando el flujo de descarga en la estación del usuario para inmediatamente mostrarle el material descargado. Esto se contrapone al mecanismo de descarga de archivos, que requiere que el usuario descargue los archivos por completo para poder acceder al contenido.

<sup>8</sup>*Musique enregistrée. Les performances du 1<sup>er</sup> semestre 2019*, Informe del SNEP, julio de 2019, p. 2.

<sup>9</sup>*L'écosystème illicite de biens culturels dématérialisés. Les modèles techniques et économiques des sites ou services illégaux de streaming et de téléchargement de biens culturels*, HADOPI, Enero de 2019, p. 13: según los datos de este estudio, en Francia, el *streaming* sería empleado por el 68% de los internautas que consumen ilegalmente, y las descargas directas por el 42%. La caída de las descargas por medio de

Estudios recientes apuntana una ligera disminución del consumo ilegal de obras en línea<sup>10</sup>. Sin embargo, a pesar de este dato alentador, la difusión ilegal de obras y contenidos protegidos por el derecho de autor sigue suponiendo un impacto económico de gran envergadura para las industrias culturales, poniendo en riesgo el futuro de la creación<sup>11</sup>. Junto a la ambición por parte del público de acceder a todo gratuitamente en línea, aparecen nuevos actores masivamente implicados en la difusión de contenidos ilícitos (sitios web de descarga de contenidos, plataformas comunitarias, prestadores de servicios de alojamiento de contenidos, sitios web de indexación o referenciamiento, etc.). Algunos sitios web operan desde el anonimato, o se encuentran alojados en el extranjero, siendo difícil su persecución; otros dejan que sean los propios usuarios los que proporcionen los contenidos puestos en línea.

Más allá del impacto económico para las industrias creativas, la difusión y consumo ilegales de las obras en línea acarrea también importantes pérdidas de ingresos para los poderes públicos, ya que estas actividades suelen escapar a todo control fiscal. Asimismo, el consumo ilegal en detrimento de la oferta legal en línea supone una pérdida de oportunidades considerables de creación de empleos<sup>12</sup>. Todos estos argumentos bastan para justificar la pertinencia de seguir avanzando en la búsqueda de soluciones jurídicas eficaces que logren poner fin a estos usos ilegales.

3. Tampoco hay que olvidar que, junto a esta faceta nefasta, las redes digitales ofrecen asimismo nuevas e importantes oportunidades de explotación para los titulares de derechos. Asistimos así, desde hace algunos años, al desarrollo de una importante oferta legal en línea, cuyo éxito viene demostrado por la creciente adhesión del público a estas nuevas modalidades de consumo. Es más, en algunos campos no es sólo el arsenal jurídico previsto para hacer frente al consumo ilegal, sino el desarrollo de una oferta legal lo que ha actuado como un factor decisivo para frenar el acceso ilegal en línea. Es sobre todo en el ámbito del *streaming* musical donde plataformas tales como *Deezer* o *Spotify* han logrado que las descargas ilegales caigan vertiginosamente<sup>13</sup>.

---

las redes *peer-to-peer* las situaría en un 25% del consumo ilegal, mientras que el visionado de un canal de televisión de pago en *live streaming* sin estar abonado representaría un 14%.

<sup>10</sup>*Le piratage en France...*, op. cit., p. 2 y p. 9-10.

<sup>11</sup>*Le piratage en France...*, op. cit., p. 7.

<sup>12</sup>*Le piratage en France...*, op. cit., p. 14.

<sup>13</sup>*Le piratage en France...*, op. cit., p. 16: afirma que los servicios legales que difunden música tales como *Spotify* o *Deezer* han reducido drásticamente el consumo ilegal en la industria musical, siendo éste

4. Estos primeros datos empíricos son los que han guiado nuestra reflexión para, a través de un estudio más detallado cada uno de los nuevos usos de las obras en Internet, sopesar el impacto que éstos han tenido en el derecho de autor y proponer nuevas soluciones jurídicas. El punto de partida del presente trabajo se sitúa, así, en una observación y cartografía de los diferentes usos de las obras en línea. En un intento de sistematización, vemos que varios niveles de clasificación serían posibles, pudiendo los diferentes usos corresponder simultáneamente a varias categorías.

5. En el nivel más elemental, podemos evidentemente distinguir los usos ilegales de los usos legales. En este sentido, es preciso tener en cuenta que la tecnología, en sí misma considerada, es neutra. Por lo tanto, serán legales o ilegales los usos que se hagan de la misma. Y si bien la mayoría de las cuestiones a las que el derecho de autor debe proporcionar una respuesta jurídica tienen relación con los usos ilegales de las obras en Internet, asistimos igualmente, desde hace unos años, a un desarrollo considerable de una oferta legal en línea. Dicho desarrollo también ha requerido de algunos ajustes del marco legal existente, con el fin de reforzar la posición de los titulares de derechos frente a la vulnerabilidad inherente a la difusión en el entorno digital. Esta es la razón por la cual consideramos que tales usos no podrían haber quedado fuera del ámbito de nuestro estudio.

Además, la complejidad propia de las redes digitales, así como la presencia de nuevos actores que participan en el ecosistema de la circulación de las obras en línea ha provocado la aparición de usos cuya legalidad o ilegalidad ha sido, dudosa o discutible. Las calificaciones jurídicas no son, por tanto, siempre evidentes. Así ocurre, por ejemplo, en los casos en que los contenidos son subidos a la red por usuarios individuales con una motivación meramente altruista. Este hecho ha complicado el análisis jurídico de la actividad de las plataformas comunitarias de contenidos audiovisuales como *YouTube*, entre otras. Sin embargo, este tipo de plataformas o sitios web contributivos se han convertido en fuertes vectores de propagación de los usos ilícitos que les procuran importantes ingresos.

---

inferior a un 10%. En un sentido similar, *L'écosystème illicite de biens culturels dématérialisés...*, op. cit., p. 11: señala que la música es consumida de manera exclusivamente legal en la actualidad por tres de cada cuatro internautas. El desarrollo de ofertas atractivas en este sector, a través de plataformas como *Deezer*, *Soptify* o *Apple Music* ha desempeñado, en efecto, un papel decisivo en la modificación de los comportamientos de uso.



6. Los usos de las obras en línea también pueden ser gratuitos o de pago. Es frecuente asociar lo gratuito con lo ilegal, y aquello que es de pago, con la oferta legal en línea. Si bien este hecho es frecuente, la hipótesis no siempre se cumple. Existen sitios web ilegales en los cuales los usuarios tienen que pagar por acceder a los contenidos, así como plataformas legales que ofertan sus contenidos gratuitamente<sup>14</sup>. Lo que sí es un hecho cierto es que la fuerte presencia de contenidos accesibles en línea de forma gratuita ha provocado un cambio de paradigma en el ámbito de la creación. Se ha instalado así un hábito a la gratuidad difícil de erradicar en la mente de los consumidores. En consecuencia, el precio sigue siendo la principal motivación para acceder a las obras ilegalmente<sup>15</sup>. Y cuando los consumidores están dispuestos a pagar por el confort que les proporciona la oferta legal en línea, ello no debe suponerles un coste elevado. Con todo, la noción de gratuidad en línea resulta un tanto ambigua. Habitualmente, lo que el usuario percibe como gratuito son aquellos usos por los que no tiene que abonar una cantidad en dinero, ya sea un pago por una descarga individual, o una suscripción para acceder a un catálogo de obras por un tiempo definido. No obstante, estos servicios suelen obedecer a otros modelos de negocio como es la monetización de la audiencia o la recopilación de datos personales. La frontera entre lo gratuito y lo de pago no es así tan neta como pudiera parecer.

7. Por otra parte, dentro de la oferta cultural en línea, legal como ilegal, existen plataformas o sitios web que actúan como editores, en el sentido de que seleccionan, ordenan y ponen a disposición los contenidos que ofrecen en línea. Es el caso de las plataformas como *Netflix*, *Deezer*, o *Spotify*; pero también de numerosos sitios web que ofrecen contenidos sin contar con la autorización de los titulares de derechos. Todos ellos actúan como profesionales de la explotación en línea de las obras y objetos protegidos. Frente a ellos, otros usos implican un intercambio directo de las obras entre los usuarios, como pueden ser las redes *peer-to-peer*, los enlaces a ficheros *torrent* almacenados en los ordenadores de los internautas, el uso de programas informáticos específicos para el envío de archivos pesados o grandes como *wetransfer*, algunos usos

---

<sup>14</sup> Algunos de los servicios de *streaming* en línea que funcionan mediante suscripción ofrecen una modalidad de acceso gratuita, y especialmente las plataformas de *streaming* musical como *Deezer* o *Spotify*. Habitualmente, estas modalidades de acceso gratuitas se acompañan de importantes restricciones (por ejemplo, un número máximo de escuchas por mes, calidad inferior del fichero, etc.), además de que las escuchas se ven constantemente interrumpidas por la presencia de anuncios publicitarios. En todo caso, el usuario deberá crear una cuenta personal mediante la cual revela a la plataforma una serie de datos de carácter personal.

<sup>15</sup> *Le piratage en France...*, op. cit., p. 22.

del *cloud computing*<sup>16</sup>, e incluso el envío de archivos por e-mail. Junto a ellos existen, además, los llamados “usos colaborativos” o “contributivos” que se llevan a cabo por medio de plataformas especializadas. A diferencia de las plataformas de intercambio, en las que todos los usuarios son en principio contribuyentes, este tipo de plataformas ponen contenidos a disposición de todos los internautas, independientemente de que sean contribuyentes o no. Entran dentro de la categoría de usos colaborativos aquellos que tienen lugar por medio de las plataformas de *user-generatedcontent* o *user-uploadedcontent* como *YouTube*, pero también los desarrollados por las comunidades de licencias y *softwares* libres, o las enciclopedias en línea, cuyas entradas son redactadas y modificadas sucesivamente por los internautas, como es el caso de *Wikipedia*.

8. Atendiendo a la modalidad de transmisión o de recepción, los usos de la tecnología digital pueden implicar la recepción por parte del usuario de una copia “temporal” o de lectura del archivo de la obra o prestación protegida, o bien una copia definitiva. Entran dentro de la primera categoría los usos de *streaming* y de *live streaming*, mientras que son usos basados en la obtención de una copia definitiva las descargas directas, o aquellas obtenidas por medio de una red *peer-to-peer*. Los sitios de descarga de copias permanentes son los que ofrecen una paleta más amplia de contenidos (películas, series, música, libros, videojuegos, partituras, etc.). Los sitios de *streaming*, por el contrario, se dedican principalmente a la difusión de contenidos de vídeo, películas, series, y música.

9. La diversificación de las modalidades de consumo en línea ha traído consigo asimismo usos “lineales”, “a la demanda” y “cuasi a la demanda”. La particularidad de las transmisiones digitales reside precisamente en que éstas pueden ofrecer al usuario la posibilidad de acceder a un contenido determinado en cualquier momento, desde cualquier lugar, y a través de soportes de diversa índole (ordenadores, tabletas, *smartphones*, etc.). Este es el factor que las distingue de los medios de comunicación a distancia convencionales como la radio o la televisión, los cuales emiten sus programas de forma lineal, de forma que el destinatario queda sujeto a la programación del prestador del servicio.

---

<sup>16</sup> El uso de los servicios de *cloud computing* permite a un usuario poner contenidos protegidos a disposición de otros. Las obras son depositadas en espacios de almacenamiento a distancia, a partir de los cuales los demás usuarios pueden acceder, ya sea descargándolos en sus terminales, o consultando su contenido en *streaming*.

No obstante, las emisiones lineales subsisten en línea. Así, Internet permite también ver la televisión o escuchar la radio en directo. Existen además radios lineales pero que únicamente emiten en Internet (*webradios*) y usos basados en la retransmisión digital y en directo de una emisión de televisión (*live streaming*). Con todo, los servicios a la demanda son los más numerosos en Internet. Entre ellos se encuentran las plataformas de música y vídeo en *streaming*, los servicios de *catch up TV*, las plataformas de descarga directa, etc. Además, a medio camino entre los usos lineales y a la demanda, han aparecido recientemente los llamados usos “cuasi a la demanda”, como son las *webradios* interactivas. Las mismas se basan en emisiones lineales pero personalizadas, es decir, adaptadas a los gustos del usuario.

**10.** Por otra parte, la inmensidad que han alcanzado las redes digitales, y la inundación de contenidos que existe en las mismas ha provocado la aparición de usos que permiten una mejor localización de los recursos en línea, pues, como paso previo al acceso, es necesario localizar el contenido concreto al que se quiere acceder. Usos de este tipo son los realizados por parte de los motores de búsqueda, así como por las páginas web que ofrecen listados de enlaces, normalmente clasificados por temática o categoría de contenidos, y que facilitan la localización de recursos lícitos e ilícitos. Dentro de éstos últimos, cobran especial importancia los sitios de referenciamiento de ficheros *torrent* o de enlaces a archivos que son objeto de intercambio por medio de las redes *peer-to-peer*, dedicados a bienes culturales diversos; así como los sitios de referenciamiento de enlaces de *streaming*, dedicados casi exclusivamente a las películas y series.

**11.** Por lo que respecta a los derechos implicados en las transmisiones digitales, la inmensa mayoría de los usos en línea suponen el ejercicio simultáneo o concomitante de las dos principales modalidades de explotación, que son la reproducción y

la comunicación pública<sup>17</sup>. Cualquier comunicación de una obra en las redes implicará así una o varias reproducciones del ejemplar<sup>18</sup>, ya sean éstas meramente transitorias.

Por otra parte, han cobrado una gran importancia en Internet los usos que implican una reproducción parcial o una transformación de una obra preexistente. Asistimos así a una proliferación de obras audiovisuales que toman secuencias de vídeo o música de otras obras protegidas. También han alcanzado gran popularidad los usos basados en la modificación o transformación de imágenes, a menudo realizados con una finalidad cómica o lúdica, como son los llamados *memes*. Este tipo de prácticas son realizadas principalmente por usuarios individuales, pero difundidas masivamente por medio de las redes sociales u otro tipo de sitios web. Dentro de estos usos transformativos, es necesario señalar asimismo la presencia en Internet de obras nacidas con una auténtica vocación evolutiva. Estos usos han sido impulsados por las comunidades del *software* libre o de las licencias libres, entre las cuales destacan de forma particular las licencias *creative commons*.

**12.** Por otra parte, asistimos igualmente a una serie de nuevos usos en materia de excepciones o límites al derecho de autor en línea. Algunos de estos usos equivalen funcionalmente a excepciones que ya existían fuera del entorno en línea, como es el caso de las copias para uso privado realizadas por medio de las técnicas de computación en la nube (*cloud computing*), o del préstamo de ejemplares digitales. Las particularidades propias del entorno digital, y los riesgos inherentes al mismo hacen que se haya planteado si tales usos pueden seguir siendo incluidos dentro del perímetro de las excepciones de copia privada y de préstamo previstas en la Ley. Por otra parte, las tecnologías digitales permiten nuevos tipos de usos en los ámbitos de la investigación, la innovación, la educación o la conservación del patrimonio cultural, lo cual ha suscitado la necesidad de reconocer nuevas excepciones. Así ocurre con las prácticas de

---

<sup>17</sup>En el Derecho francés, el derecho de reproducción y el derecho de representación (o de comunicación pública), son las únicas modalidades de explotación reconocidas por el *Code de la propriété intellectuelle*. Esto se debe a la concepción sintética y abierta propia de esta legislación, y según la cual las otras modalidades detalladas en las leyes en materia de derecho de autor como es el caso de los derechos de distribución y de transformación (establecidos en los artículos 19 y 21, respectivamente, de la Ley de Propiedad Intelectual española), no son sino modalidades derivadas del derecho de reproducción.

<sup>18</sup> Así ocurre con las transmisiones en línea por medio de las redes *peer-to-peer*, de una descarga directa o en *streaming*; los usos llevados a cabo por los servicios de agregación de noticias de prensa o de referenciamiento de imágenes; el acceso a una obra previamente almacenada en un servicio de computación en la nube, etc.

*text and data mining* en el ámbito científico, o el uso de fragmentos de obras protegidas en las enseñanzas regladas *on-line*.

**13.** Finalmente, las reclamaciones en favor de una utilización libre y gratuita de las obras en línea, han dado origen a los llamados usos abiertos o libres, en contraposición con lo que podríamos llamar los usos “propietarios”. Su finalidad es la de permitir que otros usuarios accedan y, llegado el caso, puedan realizar determinados actos de reproducción, transformación o difusión la obra, sin tener que solicitar una autorización al autor. Para ello, el titular de derechos, se sirve de unas licencias específicas mediante las cuales autoriza *ex ante* determinados actos de explotación. El movimiento, surgido en el ámbito del *software*, se ha extendido a otros campos de la creación. Las licencias más populares dentro de esta categoría son las llamadas licencias *creative commons*. Por otra parte, en el seno de la comunidad científica, se ha desarrollado un movimiento de *open access*, que postula el acceso libre en línea a los escritos de carácter científico.

**14.** Como puede apreciarse, los usos de las obras en las redes digitales conocen una gran diversidad. Esta riqueza, unida a su constante carácter evolutivo, hacen que resulte complejo privilegiar un solo nivel de clasificación. De hecho, muchos de estos usos entran simultáneamente en varias de las categorías de clasificación propuestas, razón por la cual hemos optado, en el presente trabajo, en no decantarnos por ninguna de ellas, dando paso a un estudio transversal cuyo objetivo primordial consiste en identificar los giros que estos nuevos usos han provocado en el derecho de autor, así como analizar y/o proponer una serie de soluciones que podrían adoptarse en un futuro próximo.

**15.** Existen, no obstante, una serie de características comunes a estos nuevos usos, y que les confieren una unidad dentro de su diversidad. En primer lugar, todos los usos a los que aquí nos referimos implican la existencia de una obra desmaterializada, esto es, carente de soporte físico. En todos ellos estamos, por tanto, ante ficheros digitales.

Por otra parte, estos usos tienen lugar en línea, lo cual supone que el acceso, la transmisión, la difusión, la reproducción o la transformación de una obra o prestación protegida tiene lugar a través de un entorno conectado a la red. En consecuencia, sólo

formarán parte del objeto de nuestro estudio los procedimientos, programas o aplicaciones informáticas que hacen posibles estos usos en la medida en que los mismos tengan una presencia en línea.

Por último, en cuanto a quiénes son los sujetos involucrados en estos usos, adoptamos aquí una visión amplia, que abarca desde los usuarios individuales, a todos los nuevos actores implicados de algún modo en el ecosistema de circulación de las obras en línea. Dentro de estos últimos hacemos así referencia tanto a los llamados “prestadores de servicios de la sociedad de la información” (proveedores de acceso a internet, prestadores de servicios de alojamiento de datos, prestadores de servicios de *caching*, plataformas colaborativas, motores de búsqueda, agregadores de noticias de actualidad, etc.), como a otros actores cuya intervención en la difusión de las obras en Internet tiene un carácter más periférico (por ejemplo, las empresas publicitarias o las empresas de pagos electrónicos).

**16.** Este tratamiento transversal del tema nos ha permitido detectar una serie de problemas mayores con los que tiene que lidiar el derecho de autor contemporáneo. Entre ellos podemos citar, en primer lugar, los factores de orden técnico o tecnológico, y que se resumen en una facilidad de reproducción y difusión del ejemplar desmaterializado sin precedentes. La obra o prestación, carente de soporte material, adquiere, en consecuencia, el don de la ubicuidad, dificultando con ello el control de las explotaciones no autorizadas. Además, la rápida evolución de la tecnología hace que los dispositivos para frenar las infracciones de derechos en línea deban adaptarse constantemente a la mutación de los usos.

En segundo lugar, el derecho de autor tiene que hacer frente a una serie de factores de orden sociológico. La percepción de la creación por parte del público ha cambiado radicalmente desde el advenimiento de las redes digitales. El público se ha acostumbrado, en este sentido, a disponer de una abundante cantidad de contenidos, de una forma sencilla y, a menudo, gratuita. Ello hace que muchos critiquen la propiedad intelectual, considerando la obra como una suerte de bien común, al que todo el mundo ha de tener derecho. En definitiva, lo que la tecnología permite, no debería resultar prohibido por el Derecho.

En tercer lugar, las transmisiones en línea suponen la aparición de nuevos actores, involucrados de diferente manera en dichas transmisiones. Por un lado, se aprecia una multiplicación y diversificación de los actores cuyos servicios guardan una estrecha relación con la oferta ilegal<sup>19</sup>. Nos encontramos aquí con “servicios centrales”<sup>20</sup>, directamente relacionados con el intercambio no autorizado de obras y prestaciones protegidas, y que permiten la difusión masiva de contenidos infractores: servicios de alojamiento y puesta a disposición de contenidos, sitios web que ofrecen listados de enlaces o programas informáticos de intercambio de archivos. Existen asimismo categorías dudosas, como ocurre con algunos prestadores que se comportan como “falsos alojadores” de contenidos, o algunas funcionalidades de los servicios prestados por los motores de búsqueda, como los servicios de referenciamiento de imágenes o de agregación de noticias de actualidad. Otros actores forman parte de este ecosistema, sin realizar actividades “nativamente” ilícitas<sup>21</sup>. En este sentido, proporcionan diferentes servicios que son empleados por los actores centrales, de manera que obtienen, de forma indirecta, un beneficio derivado del consumo ilegal de los internautas. Es el caso, por ejemplo, de los actores de la publicidad en línea, que compran espacios a las páginas web ilegales en los cuales mostrar sus anuncios. Existen, además, otros actores cuyos servicios son utilizados por los internautas, puesto que facilitan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos, o bien les permiten disimular sus actividades ilícitas. Podemos pensar aquí en los motores de búsqueda, así como en los servicios o aplicaciones de VPN, que permiten a un internauta camuflar su identidad. A todo ello se le añade la existencia de plataformas, aplicaciones o páginas web cuyos contenidos son generados o subidos por los usuarios, haciendo caso omiso de los posibles derechos de autor vigentes. Coexisten así actores que desempeñan una auténtica actividad económica de carácter lucrativo, con usuarios que consideran la subida de contenidos como un simple pasatiempo y no persiguen de ningún modo lucrarse con ello. Todo este cúmulo de circunstancias complican el análisis jurídico de estos nuevos usos.

En cuarto lugar, es preciso hacer mención de los factores de orden económico. Por un lado, la cultura de la gratuidad a la que los internautas se han habituado a partir de una gran mayoría de usos ilegales, dificulta a los titulares de derechos la reclamación de un precio justo por el disfrute de sus obras y prestaciones. Con todo, gratuidad no suele

---

<sup>19</sup>*L'écossystème illicite de biens culturels dématérialisés...*, op. cit., p. 4.

<sup>20</sup>*L'écossystème illicite de biens culturels dématérialisés...*, op. cit., p. 15.

<sup>21</sup>*L'écossystème illicite de biens culturels dématérialisés...*, loc. cit., p. 15.

ser sinónimo de ausencia de actividad lucrativa. Muchos de los servicios supuestamente gratuitos en línea obedecen a modelos económicos distintos del pago de un precio por el consumidor o usuario final. Algo que ofrece pocas dudas es el hecho de que la transmisión de las obras en línea genera beneficios económicos a los que los titulares no aparecen siempre asociados. Este problema de la brecha o captación del valor (*value gap*)<sup>22</sup> aparece como uno de los grandes desafíos de las evoluciones recientes y futuras de la legislación en materia de derechos de autor, a la vez que uno de los más polémicos, como ha quedado demostrado a través de la difícil negociación de los artículos 15 y 17 de la Directiva Europea *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado digital*<sup>23</sup>.

Por último, como toda legislación, el derecho de autor tiende a la realización de un equilibrio entre diversos intereses. Ciertamente, en el derecho de autor, la satisfacción de los intereses del autor ocupa un lugar central, sin que por ello deban ignorarse los intereses de otras categorías de actores (principalmente, aquellos de los intermediarios del proceso de explotación de la obra, o los del público). Sin embargo, todas las circunstancias anteriormente enumeradas han acentuado la rivalidad de intereses en nuestro campo de estudio. El derecho de autor se ve así obligado a conciliar la protección de los titulares de derechos con los intereses de un público que reclama la inmediatez, la abundancia, la libertad y la gratuidad de los usos de las obras en línea. Estas reivindicaciones del público son a menudo vehiculadas por los grandes gigantes de la web: los denominados GAFAM<sup>24</sup>. Estos últimos, por la popularidad que han alcanzado los servicios que ofrecen, ejercen una presión disuasoria considerable sobre los legisladores a la hora de proponer soluciones que sometan su actividad al respeto del derecho exclusivo. Resulta así difícil encontrar un terreno de entendimiento ante la invocación, muchas veces abusiva o desviada, de ciertos derechos fundamentales como son los derechos a la información, a la cultura, a la educación o la libertad de empresa. En consecuencia, el derecho de autor actual oscila entre un Derecho que pretende satisfacer de modo efectivo los intereses de los titulares de derechos, y un Derecho destinado a reconocer nuevas libertades a los usuarios finales y a otros actores

---

<sup>22</sup>IFPI, *Global Music Report*, 2018, p. 26-29.

<sup>23</sup>Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*.

<sup>24</sup>GAFAM” es el acrónimo habitualmente empleado en Europa para hacer referencia a las entidades dominantes de la era digital. Estas empresas son *Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft*.



involucrados en el proceso de transmisión de las obras en línea. En definitiva, un Derecho que oscila entre verse reforzado en beneficio de los titulares de derechos, o salir debilitado para dar paso a la satisfacción de otros intereses.

**17.** En todo caso, es evidente que el derecho de autor tradicional, concebido en contemplación de un universo fuera de línea, no estaba adaptado a estas nuevas realidades. Los primeros atisbos de adaptación a este entorno digital vinieron de la mano de los Tratados Internet de la OMPI de 1996, a los que posteriormente se añadió Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*. Ambos cuerpos normativos no podían proporcionar soluciones para todos los problemas que han ido surgiendo de un entorno en constante y rápida evolución. La prueba es que, a nivel local, las reformas legislativas en materia de derechos de autor se suceden desde hace unos años, a lo que se le suma la cantidad de asuntos juzgados por los Tribunales nacionales y la proliferación de cuestiones prejudiciales relativas al entorno digital planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**18.** Nuestro estudio parte así de una perspectiva comparativa entre dos modelos de derecho de autor continental, cuyo arquetipo es precisamente el derecho de autor francés. Esta comparación pone de manifiesto cómo incluso entre legislaciones que obedecen a una misma lógica, y se encuentran, ambas, bajo el paraguas del Derecho de la Unión Europea, subsisten algunas notables. Así, se aprecia que, ante un conjunto de problemas diversos, las prioridades de los legisladores nacionales no siempre son coincidentes. A su vez, la falta de eficacia de muchas de estas soluciones pone de relieve la pertinencia de avanzar en la búsqueda de soluciones supranacionales, al menos a nivel europeo, en un contexto tecnológico que no conoce fronteras.

**19.** Así pues, y a partir de esta identificación de los problemas mayores que plantean los diversos usos de las obras en línea, es necesario analizar la dirección que el derecho de autor ha tomado y es susceptible de emprender en un futuro próximo. En otras palabras, el Derecho se ve obligado a acompañar ese conjunto de cambios tecnológicos, sociológicos, económicos, y conjugarlos con la necesidad de asegurar una remuneración adecuada a los autores y titulares de otros derechos. El equilibrio que existía fuera de línea se ha visto indudablemente alterado con la llegada de las

tecnologías y redes digitales. De entrada, estas nuevas tecnologías hacen de la obra un bien especialmente vulnerable, dotado del don la ubicuidad, fragilizando en consecuencia, la posibilidad de luchar de modo eficiente contra los usos no autorizados. Pero, además, los intereses de las categorías de actores han evolucionado, y ya no son los mismos que en el entorno analógico.

Por un lado, los intereses del público han cambiado ante las facilidades que le brinda la tecnología digital para acceder, intercambiar o hasta crear obras. El derecho de autor se ve así obligado a hacer frente a las reivindicaciones de un público que exige la libertad, la inmediatez y la gratuidad en el acceso y/o la utilización de las obras y prestaciones protegidas, haciendo que cualquier intento por parte de los titulares de derechos por exigir el respeto de su monopolio de explotación sea visto como ilegítimo o desproporcionado. Por otra parte, los nuevos usos de las obras en Internet han supuesto la aparición de nuevos intermediarios implicados, de forma más o menos directa, en el acceso a las obras en línea. Todos ellos convergen en un punto: la posición que ocupan les permite obtener un beneficio económico derivado de la circulación masiva de las obras en línea sin retribuir a los autores o hacerlo en condiciones precarias.

**20.** Surge así la necesidad de encontrar un nuevo equilibrio en la disciplina. Esta búsqueda de equilibrio se manifiesta tanto, en la evolución de la relación que mantienen los actores tradicionales (Primera Parte) como en la emergencia de soluciones jurídicas con respecto a los nuevos actores de Internet (Segunda Parte).

# PRIMERA PARTE: LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE LOS ACTORES TRADICIONALES

21. “Una ley en esta materia no puede ser buena sino con la doble condición de no sacrificar ni el derecho de los autores en favor del interés del público, ni aquel del público en favor del interés del autor”<sup>25</sup>. Bajo el prisma de un entorno digital, que ha otorgado unas facilidades de acceso y de transmisión a las obras sin precedentes a cualquier internauta, estos propósitos de A.-C. RENOUDARD resuenan de una manera particular. Si los intereses de los autores en el entorno en línea no parecen diferir de los que tenían fuera de línea – asegurarse un beneficio económico adecuado derivado del disfrute de sus obras por la colectividad – no ocurre parece ocurrir lo mismo con los del público.

22. Las leyes modernas en materia de derechos de autor tienden a realizar un equilibrio entre tres finalidades principales: cultural, económica y social. Dicho de otro modo, se trata de proteger los intereses derivados de la creación, de la difusión de las obras y de su recepción o disfrute. Tales intereses remiten así a una “trilogía”<sup>26</sup> o tríptico de actores tradicionales que se relacionan entre sí por medio de la obra: autores, intermediarios que llevan a cabo la explotación (“*exploitants*” si empleamos la terminología francesa) y público. Si este equilibrio se encuentra presente en todos los sistemas de derecho de autor en sentido amplio, es decir, incluyendo los de *copyright*, lo que cambia es el centro de gravedad: en los sistemas de derecho de autor continental, no todos los intereses tienen el mismo peso, sino que el equilibrio tiene una finalidad prioritaria y es la de satisfacer los intereses del creador. Éste se sitúa en el centro del dispositivo, de manera que equilibrio está “orientado”, pero existe<sup>27</sup>.

23. Como paso previo a la relación que se establece entre los autores y su público, el derecho de autor ha desarrollado una serie de normas destinadas a regularla

---

<sup>25</sup> A.-C. RENOUDARD, *Traité des droits d’auteur*, Paris, 1838, p. 437.

<sup>26</sup> La doctrina francesa se refiere así a una trilogía de intereses (“*trilogie des intérêts*”): J. ESCARRA, J. RAULT y F. HEPP, *La doctrine française du droit d’auteur*, Grasset, Paris, 1937; A. STROWEL, *Droit d’auteur et copyright. Divergences et convergences. Étude de droit comparé*, Bruylant/LGDJ, Bibl. De la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, vol. XXIV, 1993, nº 210 y s.

<sup>27</sup> A. BENSAMOUN, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d’auteur*, PUAM, 2008, nº 15, p. 40.

relación entre los primeros y los intermediarios, entendiendo por tales los profesionales que llevan a cabo actos de explotación con el fin de acercar la obra o prestación hasta los usuarios finales. Dicha relación entre autores e intermediarios ocupa, en consecuencia, un lugar fundamental, en las leyes en materia de propiedad intelectual, tanto en lo que se refiere a la regulación de las modalidades en que la obra puede efectivamente ser explotada como en lo relativo al control de las explotaciones no autorizadas. Así lo demuestran las estrictas condiciones fijadas en la Ley a la hora de regular los contratos de cesión de derechos.

Sin embargo, no menos importante es el vínculo que se establece entre los autores— y/o titulares de otros derechos — y el público, pues la finalidad última de todo acto de explotaciones es el disfrute de la obra o prestación por este último<sup>28</sup>. En última instancia, de la apreciación del público dependerá el mayor o menor éxito de la obra, así como la posibilidad de obtener un beneficio económico derivado de los frutos de la creación.

**24.** En el entorno fuera de línea, la relación entre estos dos actores tradicionales — autor y público — se había construido y mantenido de forma pacífica o armoniosa. El público, como usuario de las obras del espíritu, resultaba incluso beneficiario de algunas excepciones o limitaciones al derecho de autor: entre ellas, la posibilidad de realizar una copia de la obra para su uso privado o la de comunicar dicha obra dentro del ámbito estrictamente doméstico. Estos espacios de libertad eran, en definitiva, la única instancia en que la legislación en materia de derechos de autor establecía una regulación específica de los usos de la obra que podían afectar al público, entendiendo éste como un conjunto de usuarios individuales que, en principio, se comportan como simples “receptores” o espectadores de las obras del espíritu sin efectuar un nuevo acto de explotación. Y aun en los casos en que un nuevo acto de explotación pudiera quedar jurídicamente caracterizado, el mismo tiene una magnitud tan reducida que queda justificada su cobertura por medio de una excepción o límite legalmente establecido.

**25.** Con la circulación de las obras en las redes digitales, esta relación se ha ido quebrantando progresivamente. Las facilidades puestas a disposición de cualquier internauta por la tecnología para acceder, compartir, reproducir, comunicar o modificar

---

<sup>28</sup>S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse Montpellier, 2004, n° 5, p. 5. *Adde.* p. 20: “La obra parece así constituir el centro de gravedad de una relación triangular entre autor-explotador-público, dentro de la cual el dúo autor-público es fundamental [...] no podría haber obra sin público, éste último no podría existir sin un público”.

las obras han puesto en entredicho la legitimidad de cualquier intento por establecer una regulación de tales usos mediante la cual los intereses de los titulares de derechos, queden preservados. El público se ve directamente afectado cuando no puede acceder a un sitio web que ha sido cerrado, cuando los contenidos que en él se difundían sin autorización han sido retirados por los titulares de derechos, cuando se encuentra con una restricción de acceso a un servicio en línea que no puede desactivar si no es pagando el precio de una suscripción, o cuando recibe advertencias de una autoridad administrativa que le recuerda que está cometiendo actos de infracción de derechos por medio de su conexión a Internet<sup>29</sup>. Las pretensiones de un público que reclama una libertad absoluta al acceso y a la utilización de las obras en línea irrumpen así con fuerza en el panorama del derecho de autor. En otras palabras, el interés del público ha evolucionado.

**26.** A su vez, la desmaterialización y correspondiente vulnerabilidad de la obra en el entorno digital, han empujado a los titulares de derechos a desplegar mecanismos adicionales para reconstituir o reforzar su monopolio de explotación e impedir el acceso a la obra o prestación a quienes no reúnan las condiciones establecidas por ellos. Tanto el desarrollo de nuevas modalidades de consumo legal en línea, como los dispositivos diseñados para hacer frente a las infracciones de derechos, han requerido el desarrollo de medidas destinadas a limitar las posibilidades de acceso y utilización de las obras en el entorno digital.

**27.** En este contexto, la relación entre los autores – unidos en un mismo frente con los titulares de los derechos de explotación – y el público se caracteriza por una lucha entre intereses contrapuestos, dificultando así la consecución de un nuevo punto de equilibrio. En definitiva, el derecho exclusivo se encuentra en un punto de inflexión, oscilando entre salir debilitado por las pretensiones de un público que reclama un derecho a acceder a las obras sin limitaciones (Título I); o verse reforzado tratando de imponer un control riguroso de todo acto de acceso y utilización de las obras y prestaciones protegidas (Título II).

---

<sup>29</sup>*Vid. infra* nº 157 y s. acerca del mecanismo de “respuesta graduada” en Francia.

## TÍTULO I: LA REIVINDICACIÓN DE UN “DERECHO AL ACCESO” POR PARTE DEL PÚBLICO

28. Siguiendo el principio bien conocido de los economistas, atribuido a Jean-Baptiste Say, según el cual “toda oferta crea su propia demanda”, la profusión de contenidos protegidos en Internet ha creado su propia demanda, incesantemente creciente, de bienes culturales en línea. Desde su ordenador, tableta o *smartphone*, el público tiene ahora acceso a la integralidad de la oferta cultural, de forma instantánea, y a un coste bajo o nulo.

Los inicios del año 2000 marcaron así el principio de una era en que millones de internautas comenzaron a descargar gratuita e indiscriminadamente cantidades ingentes de contenidos digitales, sin importarles, o sin ni tan siquiera pensar en la justa retribución del artista. En este contexto comenzó a forjarse la idea, entre las comunidades virtuales de internautas, de que las obras debían estar al alcance de cualquiera en las redes digitales, y que toda barrera a las facilidades de acceso y de transmisión permitidas por la tecnología era ilegítima y propia de otra época. Los detractores del sistema se han vuelto cada vez más numerosos y su voz, retransmitida por los medios de comunicación digitales, llega más lejos y se hace más presente, de manera que, como explica A. LUCAS, más allá de las dificultades para hacer frente a las facilidades de reproducción y de difusión que la tecnología digital permite, “es el desamor hacia el derecho de autor lo que preocupa”<sup>30</sup>. En este contexto de “crisis del derecho de autor”<sup>31</sup>, son sobre todo los usuarios los que manifiestan su descontento<sup>32</sup>. Inmersos en una cultura del intercambio, de la gratuidad y de la abundancia, los internautas quieren seguir navegando sin limitaciones en la red y de ahí surge la idea de que el público tendría un “derecho a” acceder a las obras y que privarle del mismo supondría, en definitiva, privarle de un derecho o libertad fundamental (a la información, a la cultura, etc.).

Por el contrario, las exigencias de los internautas en cuanto a la calidad y la cantidad de bienes culturales no han bajado sino todo lo contrario. El público reclama una nueva

---

<sup>30</sup>A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> ed., n° 37, p. 50

<sup>31</sup>A. BENSAMOUN, “Portrait d’un droit d’auteur en crise”, *RIDA* n° abril 2010, p. 2-159.

<sup>32</sup>A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 37, p. 50.

temporada, al menos una vez al año, de su serie favorita, o que sus cantantes predilectos saquen nuevos *singles* de forma regular. De hecho, el artista que no sea capaz de seguir este ritmo corre el riesgo de pasar a un segundo plano. En definitiva, se le da cada vez menos al autor, pero se le reclama más. Esta imagen del público actual contrasta con la del público de antaño, el cual se componía de “un número restringido de lectores, de espectadores, de auditores procedentes del mundo burgués y de la nobleza que se reunían para discutir, comunicar, intercambiar ideas, o criticar (en el buen sentido de la palabra). En los salones, y más tarde en los clubs y sociedades de lectura, las personas privadas utilizaban su razón sin quedar sometidas al circuito de producción y de consumo”<sup>33</sup>.

**29.** Bajo los efectos de la tecnología digital, los intereses del público han evolucionado y su actitud con respecto a los bienes culturales también, y ello en un doble plano. Por un lado, las nuevas tecnologías han provocado un cambio en la forma de percibir el objeto de la protección del derecho de autor. Ciertamente, el acceso a las obras en el entorno digital ya no es algo reservado a un público selecto, culto o instruido. Pero más allá de esta democratización del acceso a los bienes culturales, las facilidades que proporciona la tecnología digital han degenerado en un hábito de consumo en masa y al menor coste, cuando no gratuito, de las obras del espíritu.

Por otra parte, las nuevas tecnologías atribuyen también un nuevo papel al público: los internautas o usuarios particulares irrumpen en el panorama del derecho de autor por cuanto disponen ahora de las herramientas de reproducción y comunicación antaño reservadas a los profesionales. Así, el público no sólo reclama un acceso a las obras, sino que se convierte asimismo en un vector de dicho acceso, compartiendo las obras con sus homólogos, o creando otras nuevas a partir de contenidos protegidos. De simple espectador, pasa a convertirse en un actor del acceso a las obras.

**30.** En definitiva, el centro de gravedad de ese equilibrio logrado fuera de línea se desplaza<sup>34</sup> y la búsqueda de un nuevo punto de equilibrio no puede prescindir de una integración de esos nuevos intereses. Esa evolución de los intereses del público se

---

<sup>33</sup> S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse Montpellier, 2004, n° 43, p. 37.

<sup>34</sup> P. SIRINELLI, “La loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : premières vues sur le texte promulgué à l'issue de la censure du Conseil constitutionnel”, *Propr. intell.* n° 20, juillet 2006, p. 297 y s., en p. 300.

refleja tanto en el paso de un público *amateur* a un público “consumidor” de obras (Capítulo 1), como en el paso de un público pasivo a un público activo (Capítulo 2).



## Capítulo 1: El paso de un público “amateur” a un público “consumidor” de obras

31. “Las normas de derecho de autor deberían ser modernizadas durante la primera parte del presente mandato, a la luz de la revolución digital, el nuevo comportamiento de los consumidores y la diversidad cultural europea”<sup>35</sup>. Si algo llama la atención de estos propósitos del entonces Presidente de la Comisión Europea, J.-C. Junker, no es precisamente la necesidad de una evolución del marco jurídico europeo del derecho de autor que tenga en cuenta las particularidades de los nuevos usos digitales de las obras y prestaciones protegidas<sup>36</sup>, sino la alusión a la figura del “consumidor”, categoría en principio extraña a la disciplina que aquí nos ocupa<sup>37</sup>. Sin embargo, lejos de ser circunstancial, el término de “consumidor” se ha ido introduciendo paulatinamente en el lenguaje del derecho de autor, para hacer referencia a los destinatarios o receptores de las obras del espíritu, allá donde tradicionalmente se empleaba el término de “público”.

32. A primera vista, esta variación léxica carecería de trascendencia, ya que los términos de “público” y “consumidor” presentan ciertas similitudes que hacen que ambos conceptos puedan parecer fácilmente intercambiables<sup>38</sup>. Con todo, la noción de público no puede equipararse totalmente a la noción de consumidor<sup>39</sup>. Sin embargo, esta

---

<sup>35</sup> Extracto de la carta de misión enviada por el entonces Presidente de la Comisión Europea J.C. Junker al Comisario de Economía y Sociedad Digital, G. Oettinger el 1 de noviembre de 2014 (consultable en: [http://ec.europa.eu/archives/junker-commission/docs/oettinger\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/archives/junker-commission/docs/oettinger_en.pdf)).

<sup>36</sup> Dicha evolución ha culminado con la reciente adopción de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*.

<sup>37</sup> La noción o figura del consumidor se encuentra ausente en tanto en el TRLPI español como en el CPI francés, exceptuando la referencia a las asociaciones de consumidores en la determinación de la remuneración por copia privada (art. 25.4, 1º TRLPI y arts. L. 311-5 y R. 311-1 CPI).

<sup>38</sup> El término “consumidor” puede ser interpretado como sinónimo de usuario o destinatario final de las obras del espíritu. Se distingue así de otros usuarios que podemos llamar “intermediarios” por el hecho de llevar a cabo un nuevo acto de explotación. El recurso a la noción de consumidor podría asimismo ser un reflejo de los cambios operados en la configuración del público a través de las nuevas modalidades de acceso a las obras. Tradicionalmente, el público se encontraba reunido en un mismo lugar y en un mismo momento. El desarrollo de los medios de comunicación a distancia condujo, sin embargo, a una extensión a la vez que a una “dispersión” del público en multitud de usuarios o consumidores individuales, que acceden desde su esfera privada o familiar. Este fenómeno de “individualización” del público (S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse Montpellier, 2004, nº 45, p. 38) se ha visto acentuado con la interactividad propia del entorno en línea.

<sup>39</sup> Un miembro del público puede ser al mismo tiempo un consumidor. Así ocurre cuando adquiere un soporte que contiene una obra protegida o cuando se suscribe a un servicio de acceso a la música en línea (para un análisis del público en su función de consumidor y los posibles conflictos entre el derecho de autor y el derecho del consumo, *vid.* P. CÁMARA ÁGUILA, “Conflits entre droit d'auteur et droit de la consommation” in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congreso de la ALAI, Paris, 2005, p. 529-).

variación terminológica podría también constituir el sutil reflejo de un cambio de actitud y percepción del público con respecto a los frutos de la creación en el entorno digital. La abundancia de contenidos disponibles en Internet, así como su accesibilidad a un coste bajo o nulo, han propiciado, en efecto, el desarrollo de un consumo masivo de las obras prestaciones protegidas. Muchos de los nuevos usos de las obras en Internet han llegado a formar parte de la vida cotidiana de millones de internautas y son percibidos como banales, poniendo en entredicho la legitimidad de todo intento por parte de la legislación en materia de derechos de autor que trate de poner freno a los mismos.

Por otra parte, y a imagen de cuanto ocurre en el Derecho del consumo, el público afirma ser la parte débil o vulnerable de la relación que entabla con el autor y, sobre todo, con el intermediario que explota la obra<sup>40</sup>. Frente a ellos, reivindica una serie de intereses, e incluso “derechos”. Su discurso se ve, de paso, reconfortado por la acción de las asociaciones de consumidores, las cuales se autodesignan como entidades legitimadas para defender los intereses del público, interviniendo de manera activa como grupos de presión<sup>41</sup> para ganarse los favores de los legisladores tanto nacionales como europeos. A ello se une el florecimiento reciente de “Partidos Piratas” en diferentes países de nuestro entorno<sup>42</sup>.

---

535. Asimismo, *vid. infra* nº 275 y s. Ambas figuras no son, sin embargo, idénticas. El concepto de público no se limita a una relación de clientela con el titular de derechos. Es más, el acceso efectivo a la obra o a su soporte es indiferente para el derecho de autor, que admite la existencia de un público desde el momento en que éste es meramente potencial.

<sup>40</sup> En este sentido, es interesante la reflexión de J. GINSBURG, “L’avenir du droit d’auteur: un droit sans auteur?”, *CCE* nº 5, Mai 2009, étude 10. La autora apunta que, en la actualidad, los auténticos beneficiarios de la protección que confiere el derecho exclusivo son los editores y otros cesionarios de derechos que disponen de los medios para explotar la creación. En realidad, los autores constituyen la parte débil del contrato de cesión de derechos, y ni controlan ni perciben grandes ingresos por la explotación de sus obras. Por ello afirma que, el usuario que descarga ilegalmente obras no piensa estar haciendo daño al autor, sino que ha una empresa que a su vez le ha usurpado a éste sus derechos.

<sup>41</sup> Al estar desprovisto de una entidad o estructura, las asociaciones de consumidores se han amparado de la defensa de los intereses del público. En este sentido, J. LAPOUSTERLE, *L’influence des groupes de pression sur l’élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009, nº 544, p. 234: “... es interesante observar que los representantes de los consumidores, durante mucho tiempo desprovistos de toda influencia real sobre cuestiones relativas a la propiedad intelectual, han adquirido recientemente el estatus de interlocutores ineludibles ante el conjunto de las instancias investidas de la misión de elaborar tales normas” (traducción propia). El autor señala influencia ejercida por las asociaciones de consumidores en el momento de la adopción de la Directiva 2001/29/CE (nº 545), así como, a nivel nacional, en la transposición francesa de dicha Directiva, donde tales asociaciones desempeñaron un papel importante en ciertos debates, como es el caso de la copia privada (nº 546, p. 235). En España, destacan las acciones de la FACUA (*Federación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía*).

<sup>42</sup> Desde el año 2014, estos partidos cuentan con una pequeña pero activa representación en el Parlamento Europeo. A inicios de 2015, la entonces eurodiputada J. REDA presentó un informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE, cuya versión inicial venía a significar prácticamente una abolición del derecho

33. Este panorama contrasta radicalmente con el público de antaño. En efecto, el derecho de autor vió su origen en un entorno en el que el público se componía de una cierta élite socio-económica<sup>43</sup>. Acceder a la obra suponía desplazarse al lugar de la representación, y el precio a pagar por la adquisición de los primeros soportes de fijación o grabación era relativamente elevado. En este contexto, el autor aparecía como un personaje respetable, singular, dotado de cierto prestigio. Su talento era apreciado por la sociedad, puesto que favorecía la difusión de las ideas y contribuía, con su creación artística, a la riqueza cultural de una nación. Público y autor se encontraban, por tanto, indisolublemente unidos por medio de la obra<sup>44</sup>.

34. De manera paradójica, el desarrollo tecnológico, a pesar de haber contribuido a la democratización del acceso a las obras, ha traído consigo un fuerte movimiento de oposición hacia la figura del autor y de los auxiliares de la creación. De amante o *amateur*<sup>45</sup> de las artes y de la cultura, el público pasa a adoptar una actitud de consumo desmesurado de obras protegidas. Como afirma Ch. CARON, “en los albores del siglo XXI, ese público magnificado se ha vuelto obsoleto y moribundo. Y ha sido ciertamente reemplazado por unos personajes que parecen verdaderos clones de los consumidores”<sup>46</sup>. En este contexto, la obra se convierte en algo banal, un producto de consumo como otro cualquiera, y una vez más ello tiene su reflejo en el vocabulario empleado. Los términos de “archivos”, “datos”, “productos culturales” o “contenidos”<sup>47</sup> se utilizan ahora para hacer referencia a la “obra del espíritu”. Del mismo modo que el término “creación” se sustituye ahora por nociones de tipo mercantilista como son la “industria de contenido” o del “entretenimiento”, el “mercado de la

---

de autor. En este sentido, *Vid.* F. POLLAUD-DULIAN, “Détruire, dit-elle: le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d’auteur”, *D.* 2015 p. 639.

<sup>43</sup>Ch. CARON, “Le consommateur en droit d’auteur”, *in RLDA*, suppl. n° 77, dec. 2004, p. 37-44, en p. 39; y en el mismo sentido S. CARRE, *L’intérêt du public en droit d’auteur*, *op. cit.*, n° 43, p. 37: “El ‘público’ de las obras no tiene el mismo rostro que en los siglos XVIII o XIX [...]. El público estaba entonces constituido por un número restringido de lectores, espectadores, auditores, procedentes esencialmente del mundo burgués y de la nobleza, que se reunían para discutir, comunicarse, intercambiar ideas, críticas (en el buen sentido del término), En los salones, y más tarde en los clubs o sociedades de lectura, las personas privadas hacían uso de su razón sin estar sometidas al circuito de producción y de consumo. Ahora están cada vez más ligadas por las necesidades económicas más inmediatas” (traducción propia).

<sup>44</sup>S. CARRE, *L’intérêt du public en droit d’auteur*, *op. cit.*, n° 5, p. 5; *adde.* p. 20

<sup>45</sup> Empleamos aquí el término “amateur” en el sentido de persona que ama, que cultiva o busca activamente ciertas cosas (Vº “Amateur, trice”, definición n° 1, *Le petit Robert de la langue française*, 2013, p. 77).

<sup>46</sup>Ch. CARON, “Le consommateur en droit d’auteur”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>47</sup>CSPLA, *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, V.-L. Benabou, C. Zolynski y L. Cytermann, Septiembre de 2018.

cultura”, e incluso de “sociedad de la información”. Esta situación ha sido calificada por la doctrina como la “desacralización” de la obra y de su autor<sup>48</sup>.

35. El resultado de todo ello es una relación entre autor y público caracterizada por la lucha entre intereses económicos contrapuestos<sup>49</sup>: el primero trata de sacar el máximo partido de su monopolio de explotación, mientras que el segundo aspira a tener acceso a las obras al mínimo coste, incluso gratuitamente<sup>50</sup>. Este comportamiento de tipo consumista se ha visto sin duda favorecido por la gratuidad imperante en Internet. Tratando de mantener esta gratuidad, y hacer de ella la regla en el mundo digital, los consumidores no dudan en reivindicar un supuesto derecho “a la gratuidad” (Sección 1ª). Es evidente que el reconocimiento de un tal derecho en beneficio del público comprometería gravemente las posibilidades por parte de los autores de obtener una remuneración adecuada por la utilización de sus obras. Así, a primera vista, el derecho de autor parece ser bastante refractario a la gratuidad. Sin embargo, existen dentro de la materia una serie de mecanismos que permiten el recurso a la misma (Sección 2ª)

## Sección 1ª: La reivindicación de un derecho “a la gratuidad”

36. La gratuidad constituye el modelo predominante de la producción y el intercambio en Internet<sup>51</sup>. El entorno digital ha favorecido la proliferación de múltiples usos basados en la gratuidad: correo electrónico, motores de búsqueda, redes sociales, blogs, foros, juegos o espacios de almacenamiento en línea por medio de las

---

<sup>48</sup>Ch. CARON, “Le consommateur en droit d’auteur”, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.245-260, p. 249-250.

<sup>49</sup>Ambos sujetos entablan una relación de “lucha” meramente económica. En este sentido, *vid.* A. STROWEL, “Considérations sur le droit d’auteur à la lumière des intérêts sous-jacents”, in P. GÉRARD, F. OST y M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 233-288, spéc. p. 256.

<sup>50</sup>P.-Y. GAUTIER, “Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle”, *Propriété intell.* n° 54, janvier 2015, p. 10-15, à la p. 10: “Internet y la Unión Europea están barriendo todo esto, con un denominador común al cual es imposible oponer resistencia: el *consumidor*. En Internet, el consumidor, ebrio de tecnología, con la cual no podía ni soñar hace apenas unos años, se ha acostumbrado muy deprisa a su manipulación y la utiliza no sólo para sus necesidades profesionales o prácticas, sino también para sus aficiones y su distracción. La música, las películas, las últimas temporadas de las series de televisión, las fotografías, los libros, tienen que estar inmediatamente accesibles en la pantalla de su ordenador, de su tableta, de su *Smartphone*, de su televisión conectada, si es posible gratuitamente y, como mucho, al mínimo precio. Y si no se le ofrecen, irá a buscarlas él mismo sin miramientos. Se da aquí un aspecto *sociológico* que es necesario valorar para la reacción del Derecho” (traducción propia).

<sup>51</sup>G. DANGNGUYEN, S. DEJEAN y Th. PENARD, “Gratuité sur Internet: entre logiques individuelles et logiques communautaires”, in N. MARTIAL-BRAZ y C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l’économie et du droit*, LGDJ, 2013 p. 91.

técnicas de computación en la nube(*cloud computing*). De manera más flagrante, ciertos servicios han sido específicamente concebidos para favorecer la puesta en común y la difusión masiva, además de gratuita, de obras protegidas sin contar con la correspondiente autorización de los titulares de derechos. Es el caso de las redes *peer-to-peer* o de ciertas plataformas que permiten el acceso a obras protegidas en *streaming*. La idea de que todo ha de ser gratuito en Internet se ha propagado así en la mente del público, con la consiguiente transformación de los usos y de la actitud de una gran parte de la sociedad hacia la cultura.

Lo habitual es que el acceso legal a las obras quede supeditado al pago de un precio. Esta dimensión pecuniaria, que es la que permite a los autores vivir de su trabajo, es la que recibe todas las críticas por parte de los consumidores. Así pues, la gratuidad, que aparece como consustancial al desarrollo de Internet, es también reivindicada como tal. La apetencia por los accesos gratuitos constituye una de las características principales de los nuevos hábitos de consumo de las obras en Internet<sup>52</sup>. Es interesante resaltar cómo el entorno analógico parecía ser más indulgente con la necesaria remuneración de los autores por los frutos de su trabajo. Nadie criticaba el hecho de tener que pagar una entrada para poder acudir a un concierto, o el precio de venta de un soporte que contenía una obra protegida, como un libro o un CD<sup>53</sup>.

**37.** Por el contrario, Internet es “incesantemente exaltado como el reino de la gratuidad y del intercambio”<sup>54</sup>, e incluso reivindicado como tal. En su discurso, el público parte de dos falsas convicciones. La primera, es que el acceso a las obras puede desarrollarse en un entorno no lucrativo. La segunda, es que ciertas normas permitirían

---

<sup>52</sup>Estos nuevos hábitos de consumo gratuito han condicionado de manera importante el desarrollo de la oferta legal en línea, obligando así a inventar nuevos modelos de negocio. El pago de una tarifa plana, cuyo coste no suele ser muy elevado, a cambio de la suscripción a un servicio que permite el acceso a un amplio catálogo de obras parece ser, por el momento, el mejor sistema para atraer al público hacia la oferta legal en línea. La suscripción a estos nuevos servicios supone un acceso ilimitado a las obras, y que el público percibe como gratuito, puesto que cada escucha o visionado no es objeto de una nueva transacción económica. En este sentido, S. DUSOLIER, “Du gratuit au non exclusif: les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle ?”, in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, LexisNexis, 2013, p. 29-48. Por su parte, S. BENILSI, habla de la “sustitución de la tarifa al precio” y P.-J. BENGHOZI del “desplazamiento del producto al servicio”. (S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, tesis doctoral, Montpellier 1, 2006, n° 17; P.-J. BENGHOZI, “Culture et gratuité” ou “économie des gratuits “?”, in P. MBONGO (dir.), *Le prix de la culture: la gratuité au prisme du droit et de l'économie*, Mare et Martin, 2011, p.183-198, en p. 192.

<sup>53</sup> Algunos autores hablan así de la “inferioridad de lo inmaterial”: Ch. CARON e Y. GAUBIAC, “L'échange des œuvres sur l'Internet ou le P2P”, in *Mélanges en l'honneur de Victor Nabhan, Les Cahiers de propriété intellectuelle*, Hors série, p. 23-59, p. 37.

<sup>54</sup> V.-L. BENABOU y J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique ?*, Éd. Odile Jacob, Coll. Corpus, p. 19.

al público disponer de un derecho a acceder a las obras gratuitamente. Sin embargo, la gratuidad en Internet no es más que “aparente”<sup>55</sup>, e incluso “ilusoria”<sup>56</sup> (§1), por lo mismo que la idea de un derecho “a la gratuidad” procede, en realidad, de una confusión (§2).

### **§ 1. La gratuidad en Internet: una ilusión**

**38.** En las redes digitales, diversos servicios aparecen como gratuitos a los ojos del público. Esta gratuidad supuestamente inherente al desarrollo de Internet constituye, no obstante, el sustento de numerosos modelos de negocio. Así pues, es necesario delimitar qué se entiende por “gratuidad”. Un análisis semántico de la noción revela que ésta posee diversos significados (A). Existen, por tanto, diversas formas de gratuidad, las cuales, con mayor o menor presencia, confluyen en Internet (B).

#### **A. La gratuidad, una noción polisémica**

**39.** En el lenguaje común, el adjetivo “gratuito” es sinónimo de “aquello que no es de pago”. Se dice de una prestación o servicio por la cual el beneficiario no tiene que abonar precio alguno. La gratuidad es, sin embargo, un fenómeno más complejo, que no puede reducirse a esta simple definición. Un mismo acto gratuito para el consumidor puede corresponder a diferentes lógicas por lo que, a la hora de proceder al estudio de esta noción, es necesario situarse desde el punto de vista de su actor, y no de su destinatario.

**40.** En el ámbito jurídico, la gratuidad aparece en situaciones diversas. Estudios recientes han puesto de manifiesto el interés que la noción de gratuidad suscita para las diferentes ramas del Derecho, dónde además recibe un significado y tratamiento jurídico diferenciados<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? ...*, op. cit., p. 37.

<sup>56</sup> C. ZOLYNSKI, “La gratuité en questions”, in N. MARTIAL-BRAZ y C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013 p. XI.

<sup>57</sup> J. DUPICHOT, “La gratuité et le droit. Synthèse de la journée Henri Souleau”, *Gaz. Pal.* 1999, p. 930; S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, op.cit.; N. MARTIAL-BRAZ y C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité...*, op. cit.; V. ÉGÉA y E. PUTMAN (dir.), *La gratuité*, Actes du colloque organisé par le

41. Por un lado, en Derecho Público, se habla de gratuidad de los servicios públicos o del dominio público, donde el término hace referencia a “aquello que no es financiado mediante el pago de una tasa sino por medio de los impuestos”<sup>58</sup>. Desde esta perspectiva, la gratuidad remite a la técnica de financiación de la prestación o servicio. Dicha financiación, en lugar de derivar de un pago directo, deriva de un pago indirecto por medio de los impuestos.

42. Por cuanto al Derecho Privado se refiere, el Código Civil opera una distinción fundamental entre los actos a título gratuito y los actos a título oneroso. Además, el binomio gratuidad-onerosidad actúa como elemento de clasificación de los contratos. Desde este punto de vista, la gratuidad es lo opuesto de la onerosidad, concepto que hace referencia a aquello que comporta una carga o contraprestación, ya sea ésta monetaria o de otra naturaleza<sup>59</sup>. Los actos a título gratuito son, en consecuencia, aquellos mediante los cuales una de las partes procura a la otra una ventaja o beneficio<sup>60</sup> sin recibir nada a cambio. A este elemento objetivo, relativo a la ausencia de contraprestación, se le suele asociar un segundo elemento de carácter subjetivo, que caracteriza la intención del actor de la gratuidad. En efecto, hablar de gratuidad evoca la generosidad, la benevolencia, la solidaridad, aquello que se realiza de manera desinteresada. Así pues, esta segunda dimensión de la noción de gratuidad consiste en la intención liberal de su autor<sup>61</sup>. Dicho de otro modo, el acto es realizado en el interés de un tercero<sup>62</sup>. Esta condición es particularmente evidente en materia de liberalidades. Ciertos autores la incluyen igualmente como uno de los elementos de los

---

laboratoire de droit privé et sciences criminelles d'Aix-Marseille Université, *RLCD* n° 110, décembre 2013, p. 67-106.

<sup>58</sup> S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, op.cit., n° 9.

<sup>59</sup> El artículo 1106 del Código Civil francés define el contrato a título oneroso como “aquel que somete a cada una de las partes a dar o a hacer alguna cosa”. El contrato es, en consecuencia, a título oneroso cuando cada una de las partes recibe, bajo la forma de una dación inmediata o de una promesa para el futuro, una ventaja que es la contrapartida de aquella que procura a otro” (F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 67, p. 86). En el mismo sentido, el art. 1274 del Código Civil español entiende por causa en los contratos onerosos, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.

<sup>60</sup> Dicha ventaja puede consistir en enriquecer el patrimonio de otro (liberalidades), o en proporcionarle un servicio (contratos de beneficencia).

<sup>61</sup> D. GUÉVEL, “La gratuité intéressée: oxymore d'avenir”, in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 229-248, en la p. 233: el autor considera que a pesar de que es posible afirmar que la gratuidad comporta siempre al menos un interés moral, puede entenderse la gratuidad como la ausencia de causa pecuniaria.

<sup>62</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, v° Gratuit, acepción n° 1, p. 498: “sin contrapartida y en interés de un tercero” (traducción propia).

contratos a título gratuito<sup>63</sup>. El Código Civil parece situarse en esta línea al calificar los contratos cuyo fin es el del proporcionar un servicio gratuito a un tercero como “contratos de beneficencia”<sup>64</sup>. En efecto, el préstamo, el depósito o el mandato fueron pensados, en un principio, como contratos que debían ser ejecutados gratuitamente, puesto que eran concebidos como meros favores entre amigos<sup>65</sup>.

**43.** Esta concepción restrictiva de la gratuidad, como una gratuidad noble, pura, ajena a todo tipo de interés, se encuentra sin embargo en declive. A pesar de que la separación entre la gratuidad y la onerosidad no es siempre evidente<sup>66</sup>, la noción de gratuidad ha evolucionado hacia una interpretación más amplia, la cual no excluye la presencia de un interés patrimonial o financiero, es decir, susceptible de ser evaluado monetariamente<sup>67</sup>. La gratuidad ha irrumpido de hecho en el mundo de los negocios, disciplina cuyo fin no es otro que la obtención y optimización de los beneficios. El resultado es el paso de una gratuidad realizada en beneficio de un tercero, a una gratuidad realizada en beneficio propio. Por el contrario, la noción de gratuidad, tal y como ha sido anteriormente, parece ajena e incluso radicalmente opuesta a la búsqueda de un beneficio. No faltan pues autores que califican de “paradójica” la presencia de la gratuidad en el Derecho mercantil o comercial<sup>68</sup>. El propio derecho del consumo manifiesta cierta desconfianza hacia la gratuidad, estableciendo incluso una regulación específica en algunas de las situaciones en que ésta aparece. En consecuencia, la noción de gratuidad ya no puede reducirse al simple concepto de acto que supone una ausencia de contraprestación<sup>69</sup>. D. GUÉVEL afirma, en este sentido, que siempre hay una

---

<sup>63</sup> Vid. por ejemplo, en este sentido, P. VOIRIN y G. GOUBEAUX, *Droit civil, Tome 1*, 33<sup>e</sup> éd., 2011, n° 970, p. 393. En su clasificación de los contratos “en función del objetivo perseguido”, ambos autores afirman que, en los contratos a título gratuito, una de las partes trata de procurar una ventaja a otra sin contrapartida, esto es, persigue una finalidad desinteresada (traducción propia).

<sup>64</sup> El artículo 1105 del Código Civil francés define el contrato de beneficencia como aquel en el cual una de las partes procura a otra una ventaja puramente gratuita. El Código Civil español es aún más explícito en este sentido al disponer, en su artículo 1274, relativo a la causa en los diferentes tipos de contratos que, en los contratos de pura beneficencia, se entenderá por causa la *mera liberalidad* del bienhechor (la cursiva es nuestra).

<sup>65</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 340: “es cierto que esos contratos tienen una sanción jurídica, pero en el régimen que la ley les da, conservan aún el recuerdo de haber sido originalmente meros arreglos entre amigos, dominados por una exigencia de gratuidad y de confianza personal”.

<sup>66</sup> Existen situaciones intermedias entre la gratuidad y la onerosidad tales como la donación con cargas o las donaciones remuneratorias.

<sup>67</sup> En su segunda acepción, el *Vocabulaire juridique* de H. Cornu define el adjetivo “gratuito” como aquello que carece de contrapartida, pero no queda exento de interés.

<sup>68</sup> J.-Ch. RODA, “Un paradoxe: la gratuité en droit des affaires?”, *RLDC* n° 110, décembre 2013, p. 96-99; B. LECOURT, “La gratuité et le droit des affaires”, *RTD Com.* 2012, p. 455-474.

<sup>69</sup> C. ZOLYNSKI, “La gratuité en questions”, *op. cit.*, p. XV.



contrapartida, al menos diferida, con la diferencia de que, en los actos a título gratuito, la misma no es jurídicamente exigible<sup>70</sup>. Dicha contrapartida puede ser no sólo concomitante y cierta, sino también futura e incierta, por encontrarse repercutida en el precio de otro producto o servicio, o bien correr a cargo de un tercero. En el mundo actual, la prestación aparentemente gratuita, rara vez carece de contraprestación. Existe, pues, una gratuidad en cierta forma compatible con la presencia de un ánimo de lucro, expresión ésta última que consta de una definición amplia, comprendiendo la intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto<sup>71</sup>.

44. La gratuidad se sitúa, en definitiva, en el eje de diversos modelos de negocio, algunos de los cuales han tenido un éxito particular en la economía digital. Conviene así proceder a un análisis de los diversos modelos de gratuidad que existen en Internet.

## **B. Las formas de gratuidad presentes en Internet**

45. El análisis de los modelos económicos que giran en torno a la difusión gratuita de las obras en línea ha sido objeto de estudios recientes<sup>72</sup>. Todos ellos muestran que las formas de gratuidad anteriormente descritas confluyen en Internet, y se hallan presentes en mayor o menor medida. Internet no ha inventado la gratuidad, pero ha convertido la puesta a disposición supuestamente gratuita de las obras en la norma. No hay una sola forma de gratuidad, sino que la gratuidad en Internet obedece a lógicas diferentes.

46. Existe, en primer lugar, una gratuidad financiada por los poderes públicos. Ésta, sin embargo, ocupa un lugar marginal en las redes digitales, limitándose casi exclusivamente a las obras que se encuentran en dominio público<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> D. GUÉVEL, “La gratuité intéressée: oxymore d’avenir”, *op.cit.*, p. 243.

<sup>71</sup> Esta concepción amplia de la noción de “ánimo de lucro” es de hecho la que figura en las Directivas de la Unión Europea en materia de derechos de autor. A modo de ejemplo, podemos citar el art. 5.2 c) de la Directiva 2001/29/CE; o el considerando nº 11 de la Directiva 2006/115/CE).

<sup>72</sup> J. FARCHY, C. MÉADEL y G. SIRE, *La gratuité, à quel prix ?* Presses des Mines, 2015; HADOPI-IDATE, *Etude du modèle économique de sites ou services de streaming et de téléchargement direct de contenus illicites*, 21 de marzo de 2012; J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l’ère numérique ?*, Éd. Odile Jacob, Coll. Corpus.

<sup>73</sup> J. FARCHY, “La gratuité n’est plus ce qu’elle était”, *JurisArt etc.*, nº 35, mai 2016, p. 23-27: “Les modèles d’activités financées par les fonds publics ne se sont pas mis en place pour les biens culturels

47. Existen a continuación algunos modelos de gratuidad que podemos llamar “cooperativa”. Éstos se caracterizan por una aparente generosidad en el intercambio o la puesta en común de los recursos por los internautas, circunstancia que alimenta de modo importante esa ilusión o mito de la gratuidad en Internet. Constituyen ejemplos de estas formas de gratuidad las contribuciones voluntarias de los usuarios en las páginas web colaborativas<sup>74</sup>, la puesta a disposición de obras bajo licencias libres<sup>75</sup>, así como el intercambio de recursos entre internautas a través de las redes *peer-to-peer*. Es preciso señalar que estas formas de gratuidad no son totalmente desinteresadas<sup>76</sup>. De entrada, Internet funciona a través de una dinámica en la que el hecho de que un internauta comparta sus recursos puede incitar a los demás a hacer lo mismo. Pero ese interés se hace aún más patente en los intercambios mediante redes *peer-to-peer*. Las mismas siguen un modo de funcionamiento según el cual la velocidad de descarga descendente es proporcional al volumen de archivos que el usuario tiene almacenados en la carpeta compartida de su ordenador. El mecanismo trata con ello delimitar los comportamientos de los *free-riders*, es decir, aquellos que se aprovechan del sistema sin contribuir por su parte.

48. Con todo, la mayor parte de los modelos de gratuidad presentes en Internet obedece a una finalidad claramente lucrativa. Muchas de estas formas de gratuidad se encontraban ya presentes fuera del entorno digital. Todas ellas tienen en común el hecho de emplear las obras como productos-reclamo, viendo en la figura del internauta un consumidor potencial de otros bienes y servicios.

Existen, en primer lugar, servicios cuyo modelo de negocio se basa en una mezcla de lógicas inter-productos<sup>77</sup> e inter-temporal<sup>78</sup>. Por ejemplo, la versión gratuita de los

---

numériques, et cela bien que les biens informationnels circulant sur Internet présentent des caractéristiques de biens collectifs. Dans l'accès aux contenus culturels sur Internet, les subventions publiques n'occupent qu'une place marginale, qui concerne principalement le domaine public”.

<sup>74</sup> Se incluye aquí la subida de un vídeo a una plataforma *user-generated-content* como YouTube o la redacción de una entrada de una enciclopedia colaborativa en línea del tipo de Wikipedia. Sobre el concepto de plataforma contributiva, colaborativa o de *user-generated content*, vid. *infra*, n°138.

<sup>75</sup> Vid. *infra* n° 90 y s.

<sup>76</sup> C. ZOLYNSKI, “La gratuité en questions”, *op. cit.*, p. XIII, habla en estos casos de una gratuidad interesada aunque “desmonetizada”.

<sup>77</sup> Dar gratuitamente un producto puede incitar a la compra de otro producto complementario.

<sup>78</sup> Dar gratuitamente un producto puede incitar a su compra posterior por el consumidor.

servicios legales de acceso a contenidos protegidos en *streaming* funciona como un atractivo hacia la versión de pago, la cual suele venir acompañada de algunas mejoras<sup>79</sup>.

La financiación de la puesta en línea gratuita puede proceder también de un tercerosiguiendo el modelo inter-agentes<sup>80</sup>. Dicho tercero suele ser una empresa publicitaria. Este modelo, tradicional en la financiación de los medios de comunicación como la radio y la televisión, ha sido reproducido en Internet<sup>81</sup>. Se trata de un modelo “bifaz” en el cual, por un lado, las plataformas crean y tratan de aumentar al máximo su audiencia. Para captar y fidelizar usuarios, ofrecen servicios atractivos y a menudo gratuitos. Se trata de una gratuidad interesada, que en realidad se financia mediante la otra faceta del mercado y que está constituida por agentes ante los cuales la plataforma valoriza el acceso que ofrece a sus usuarios. La venta de espacios publicitarios constituye, por tanto, el núcleo del modelo económico de este tipo de servicios. De ahí el interés por conseguir una audiencia lo más amplia posible. Este es el motivo por el cual, en Internet, un mismo agente trate de ofrecer una multitud de servicios supuestamente gratuitos (motor de búsqueda, vídeos, libros, correo electrónico, *cloud*, etc.).

**49.** La novedad con respecto a este mecanismo de financiación, que ya había funcionado para los medios de comunicación fuera de línea es que, en Internet, las técnicas de segmentación publicitaria han alcanzado un grado de precisión inédito. En efecto, los avances tecnológicos han permitido a los anunciantes enviar publicidad personalizada al destinatario. Pero para ello, es necesario previamente conocer su perfil, sus gustos o sus preferencias. En el entorno en línea, esto es posible mediante la captación de datos personales y comportamentales de los usuarios. Algunos de estos datos son comunicados expresamente por los usuarios para acceder a ciertos servicios. Otros son captados de forma automatizada a través de su navegación por Internet. En ambos casos, los datos recolectados serán seguidamente vendidos a otros actores para su tratamiento, con el fin de definir el perfil del consumidor y enviarle una publicidad que

---

<sup>79</sup>Por ejemplo, la ausencia de publicidad que interrumpe la escucha de música o la proyección de una obra audiovisual; funcionalidades que permiten al usuario hacer una selección de contenidos para acceder a los mismos fuera de línea, etc.

<sup>80</sup>El model inter-agentes es característico de la financiación de un servicio por medio de la publicidad. Se trata de una forma tradicional de financiación de los medios de comunicación, como son las emisiones de radio o de televisión,

<sup>81</sup>C. ZOLYNSKI, “Publicité en ligne et pratiques commerciales déloyales” in *L’effectivité du droit face à la puissance des géants de l’Internet*, vol. 1, IRJS Éditions, 2015, p. 147-161, en la p. 149.

concuere con su edad, gustos, necesidades apetencias o preocupaciones<sup>82</sup>. Los datos personales tienen, por tanto, un valor económico indiscutible, y constituyen la contrapartida, en cierta forma “invisible”, de los servicios gratuitos en Internet. En este sentido, la Directiva 2019/770 *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, ha incluido en su ámbito de aplicación no sólo todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga o se compromete a pagar un precio, sino también a los casos en que el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario<sup>83</sup>.

**50.** En definitiva, la gratuidad predominante en Internet es una gratuidad que persigue una finalidad lucrativa. Se trata de una “falsa gratuidad” que el usuario obtiene, a menudo, a cambio de su atención y de la revelación de importantes facetas de su vida privada. En este contexto, las obras son empleadas de manera indiscriminada para favorecer este modelo basado en la economía de la atención. Ello genera beneficios importantes, y que son captados por los diversos intermediarios que participan del ecosistema de la circulación de las obras en línea, sin que los titulares de derechos queden asociados a los mismos<sup>84</sup>. La existencia de la gratuidad en Internet es, en definitiva, más una ilusión que una realidad. De forma similar, la idea de un derecho “a la gratuidad” no es sino el fruto de una confusión.

## **§ 2. La existencia de un derecho “a la gratuidad”: una confusión**

**51.** La idea de un derecho “a la gratuidad” no es formulada como tal por el público. De forma más discreta, la pretensión de un derecho a acceder a las obras

---

<sup>82</sup>El tríptico “audiencia/publicidad/datos”, describe el funcionamiento de los grandes actores de Internet como *Google* o *Facebook*. En general, los datos personales alimentan todos los servicios de la sociedad de la información. En este sentido, C. ZOLYNSKI, “Publicité en ligne et pratiques commerciales déloyales” *op. cit.*, p. 149.

<sup>83</sup> Art. 3 de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*. Quedan, no obstante, excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los supuestos en que los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales, o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin.

<sup>84</sup> Sobre el problema del *value gap* o brecha del valor en línea, *vid. infra*, nº 376.

gratuitamente subyace detrás de la invocación de ciertos derechos fundamentales. La supremacía de tales disposiciones dentro de la jerarquía normativa, y su reconocimiento en los textos internacionales, permiten revestir de legitimidad el discurso de quienes pretenden acceder gratuitamente a las obras en Internet. Como afirma S. BENILSI, “planteada bajo el ángulo de los derechos fundamentales, la idea de un derecho a la gratuidad permite de golpe forjar esperanzas”<sup>85</sup>.

En la era digital, el derecho de autor aparece, pues, como un obstáculo que coarta el ejercicio de determinados derechos y libertades del público. Los derechos fundamentales son movilizadas con el propósito de paralizar el ejercicio del derecho de autor o reducir su extensión, originándose así un conflicto de normas. Expondremos, en primer lugar, los términos en los cuales se plantea dicho conflicto normativo (A), y, en segundo lugar, los efectos del mismo en el derecho de autor (B).

## **A. La instrumentalización de los derechos fundamentales**

**52.** La confrontación entre el derecho de autor y otros derechos fundamentales<sup>86</sup>, invocados como derechos del público, constituye uno de los

---

<sup>85</sup> S. BENILSI, “Existe-t-il un droit à la gratuité ?”, *RLDC* n° 110, 2013, p. 68. En el mismo sentido, M. CORNU, “Le droit d’auteur à l’épreuve du droit à la culture” in J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), *Droit d’auteur et culture*, Dalloz, 2007, n° 3 et s., p. 130-131. La autora habla de una “revendication incantatoire du droit à la culture”, esto es, de una invocación del derecho a la cultura como si de una “fórmula mágica” se tratara. Por otra parte, en términos más generales, *vid.* E. DREYER, “La fonction des droits fondamentaux dans l’ordre juridique”, *D.* 2006, p. 748: el autor habla así tanto de “idealismo” como del posible “cinismo” que conlleva la invocación de los derechos fundamentales.

<sup>86</sup> Desde la óptica de los textos internacionales en la materia, el derecho de autor es también un derecho fundamental. Como afirma A. Lucas, el derecho de autor, en sus inicios, no tuvo necesidad de asentar su legitimidad en los derechos fundamentales, puesto que era considerado como un derecho natural, tal y como se desprende de los informes de Le Chapelier y Lakanal. Por el contrario, en el contexto actual, en el que el derecho de autor es atacado por todas partes, la inclusión del derecho de autor dentro de la categoría de los derechos fundamentales no es anodina (A. LUCAS, “Le droit d’auteur, un droit fondamental comme un autre?”, in A. BENSAMOUN (dir.), *La réforme du droit d’auteur dans la société de l’information*, mare & martin, Coll. des Presses universitaires de Sceaux, p. 31-45, en p. 31 y 34). La inclusión del derecho de autor dentro de esta categoría normativa opera a un doble nivel. En primer lugar, mediante un reconocimiento explícito del derecho de autor como derecho fundamental en el art. 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), así como en el art. 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En segundo lugar, el derecho de autor forma parte de la categoría de derechos fundamentales por su consideración como derecho de propiedad. Así lo ha reconocido el TEDH en las Sentencias de 29 de enero de 2008 (Asunto *Balan y Moldavie*) y de 10 de enero de 2013 (asunto *Ashby Donald y France*, ap. n° 40). En el mismo sentido, se ha pronunciado en Francia el *Conseil constitutionnel* en sus decisiones n° 2006-540 DC de 27 de julio de 2006 y n° 2009-580 DC de 10 de junio de 2009. Desde el punto de vista estricto del Derecho Español, esta afirmación ha de ser matizada. En efecto, si bien el derecho de autor tiene la consideración de auténtico derecho de propiedad, éste último no accede al rango de derecho fundamental en la Constitución Española. La razón

retos actuales en el ámbito de nuestra disciplina. En efecto, los ataques al derecho de autor se multiplican en nombre de los derechos fundamentales, alegando que éste es un derecho que impide el acceso al conocimiento<sup>87</sup>, conduce a la privatización de la cultura<sup>88</sup> y frena el desarrollo de la llamada “sociedad de la información”. Paradójicamente, una disciplina que tiende a la elaboración de la cultura y del saber, es atacada bajo estos mismos fundamentos.

**53.** Si la existencia del conflicto normativo es una realidad a la que el derecho de autor contemporáneo ha de hacer frente, su pertinencia es, sin embargo, discutible. Los derechos fundamentales son normas relativamente imprecisas, fácilmente maleables, y sufren, por tanto, problemas de delimitación<sup>89</sup>. Se explica así la relativa facilidad con la que el público se sirve de las mismas, reconfortándose en la idea de que dispone de ciertos derechos que puede hacer valer en contra de los titulares de los derechos de autor o derechos afines. En realidad, estas normas son instrumentalizadas en un sentido favorable a las pretensiones consumistas del público<sup>90</sup>. Su invocación

---

estriba en que el artículo 33 que regula el derecho de propiedad se inserta en la Sección 2ª (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”) y no en la Sección 1ª (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”) del Capítulo II del Título I. En consecuencia, el derecho de propiedad no goza del mecanismo de garantía establecido en el art. 53.2 de la Constitución, el cual queda reservado a los derechos fundamentales *stricto sensu*, es decir, a los de la Sección 1ª.

<sup>87</sup>El acceso al saber se ha convertido en un auténtico movimiento. A2K son las siglas de la expresión *Access To Knowledge* (acceso al conocimiento), denominación por la que se conoce al movimiento que promueve el acceso público a los productos de la cultura y del aprendizaje humanos de forma más equitativa. Entre sus principales reivindicaciones están la reforma de las leyes de patentes y de derechos de autor, la promoción del acceso abierto, el *open data* y la defensa del acceso a la información pública y de derechos de comunicación más amplios, tales como la libertad de expresión. El Movimiento se encuentra liderado por CI (*Consumers International*), una federación internacional de organizaciones de consumidores. El programa se inició en 2008 para garantizar que los intereses de los consumidores estuvieran debidamente representados en los debates nacionales e internacionales en torno a la propiedad intelectual y los derechos de comunicación, alegando en este sentido en la página VI de su manual *Acceso al Conocimiento. Una guía para todos* que “después de todo, muchas actividades que ya forman parte de la vida cotidiana de los consumidores, como el acceso a materiales de aprendizaje, las transferencias de música, vídeos o libros electrónicos de un dispositivo a otro o compartir intereses personales en Internet, se ven afectados en profundidad por las leyes y las políticas de propiedad intelectual” (consultable en <http://a2knetwork.org/es/al-anunciar-acceso-al-conocimiento-una-gu%C3%AD-para-todos>).

<sup>88</sup> Quienes defienden la idea de la democratización de la cultura, ven ésta como un bien de naturaleza no económica.

<sup>89</sup> Se trata esta de una característica frecuente de los llamados “derechos a...”. *Vid.* D. COHEN, “Les droits à...”, in *L’avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 393-400; M. PICHARD, *Les droits à. Étude de législation française*, Economica, 2006.

<sup>90</sup> N. MALLET-PUJOL y M. CORNU, “Le droit d’auteur à l’épreuve du droit à la culture” in J.-M. BRUGUIÈRE (Dir.), *Droit d’auteur et culture*, Dalloz, 2007, p.129-146, en p. 131: “Esta idea de una propiedad intelectual ilegítima, forma de propiedad “expropiadora” y por tanto “expoliadora” a sido regularmente lanzada a la cara del derecho de autor en nombre de los derechos del público. Esta retórica anti-derecho de autor es clásica, alimentada por la subida de los derechos del consumidor” (traducción propia).

se caracteriza por una interpretación distorsionada, desvirtuada y, en suma, oportunista, en cuanto al contenido (1) y los titulares de las mismas (2).

### **1. El contenido de los derechos invocados**

**54.** Dentro del contenido de los derechos fundamentales invocados en contra del derecho de autor, dividiremos su estudio entre el objeto (a) y su alcance (b).

#### **a. El objeto**

**55.** El derecho a la información y el derecho a la cultura<sup>91</sup> son los dos derechos invocados con mayor frecuencia para hacer frente al derecho de autor. Ello origina un conflicto normativo derivado del hecho de que estas normas recaen, supuestamente, sobre un mismo objeto.

**56.** Tomando como referencia el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Conv. EDH)<sup>92</sup>, el objeto del derecho a la información son las “informaciones o ideas”. Éstas difieren del objeto del derecho de autor, que es la obra. De hecho, un principio básico en nuestra disciplina establece que “las ideas son de libre circulación”. El derecho de autor opera así una dicotomía entre la idea y la forma, siendo ésta última la que queda protegida, siempre y cuando sea original. Dicho de otro modo, el objeto de la protección que brinda el derecho de autor es la expresión o composición de la obra<sup>93</sup> pero la información, como tal, pertenece a ese fondo común que queda excluido de la protección.

El problema deriva del hecho de que, en la era digital, acceder a una obra en línea implica la realización de un acto de reproducción o de comunicación pública, y con frecuencia, ello conlleva la posibilidad para el titular de derechos de exigir un precio a

---

<sup>91</sup> Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit compare*, Litec, Coll. IRPI, 2004; J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007.

<sup>92</sup> Art. 10 Conv. EDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”. En un sentido similar, el art. 19 de la DUDH afirma que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

<sup>93</sup> Dicha creación de forma puede consistir en un documental, un artículo periodístico o científico, por poner ejemplos de obras que tienen una vocación informativa.

cambio de dicho acceso. Las restricciones de acceso o de uso pueden existir, aun cuando lo que el usuario quiera consultar, analizar o reutilizar sea la información en bruto (la cual no debería confundirse, en todo caso, con la obra en la que pueda quedar inserta). Así ocurre con las prácticas de minería de datos. En estos casos, lo que los investigadores desean reutilizar no son las obras como tal (los artículos científicos), sino el conocimiento (información) recogido en las mismas. Con el fin de facilitar estos usos, dos nuevas excepciones han sido reconocidas en los artículos 3 y 4 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*. Con todo, dicha excepción sólo cubre las operaciones técnicas del proceso de análisis y extracción de datos, pero no el acceso como tal, puesto que su ejercicio queda supeditado a la existencia de un acceso lícito a la obra<sup>94</sup>.

Sin embargo, y a pesar de la existencia de obras que tienen una finalidad informativa más evidente (las obras científicas o periodísticas, por ejemplo), también preciso señalar que la noción de “información” es interpretada de manera muy extensiva, bajo el argumento de que todas las obras contienen información, o que la información requerida versa sobre la obra misma. El derecho a la información es, en consecuencia, visto como una suerte de derecho “a saber” que comprendería todo cuanto puede ser conocido, sin limitación alguna. Desde esta perspectiva, la obra resulta infravalorada, convertida en el mero soporte de una información. Sin embargo, hay que forzar mucho los términos en que aparece recogido el derecho a la información para deducir del mismo un derecho general a acceder a las obras gratuitamente<sup>95</sup>.

**57.** En este sentido, parece a primera vista más coherente la invocación del derecho a la cultura<sup>96</sup>. La noción de cultura no se limita, sin embargo, a las obras protegidas, puesto que abarca también elementos no estrictamente protegidos por el derecho de autor y que forman parte del acervo cultural<sup>97</sup>, así como obras que se encuentran ya en dominio público. Con todo, y a pesar de su imprecisión<sup>98</sup>, no parece

---

<sup>94</sup> Sobre la condición de acceso lícito como presupuesto para el ejercicio de las excepciones, *vid. infra* nº 288 y s.

<sup>95</sup> En el mismo sentido, A. LUCAS, “Le droit d’auteur, un droit fondamental comme un autre?”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>96</sup> Art. 27 DUDH: “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

<sup>97</sup> Se incluyen aquí elementos como el lenguaje, ciertas costumbres, etc.

<sup>98</sup> A. LATIL, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014, nº 159.



que el derecho a la cultura pueda consistir en la facultad de acceder ilimitadamente a obras concretas a la demanda del público<sup>99</sup>. Esta visión reduciría este derecho fundamental a una perspectiva puramente consumista que no es la suya<sup>100</sup>.

**58.** En suma, el conflicto normativo se plantea entre derechos que no recaen exactamente sobre el mismo objeto, circunstancia que obliga a relativizar la dimensión del conflicto, e incluso su pertinencia<sup>101</sup>. De hecho, estas normas han convivido de forma más o menos pacífica hasta una época reciente, y más que en términos de oposición, la relación entre ellas debería entenderse en términos de complementariedad. En efecto, el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión, del que deriva el derecho a la información, fue coetáneo al del derecho de autor. La abolición de la censura, con la consiguiente libertad para expresar las opiniones propias por medio de una obra, es un requisito indispensable para que haya una producción cultural rica y variada. Pero igualmente, el derecho de autor es garante de la libertad de expresión, ya que la posibilidad para el titular de derechos de vivir de su obra le permite crear fuera de una relación de mecenazgo.

En términos de complementariedad ha de plantearse igualmente la relación entre el derecho a la cultura y el derecho de autor. Esta simbiosis o interrelación se refleja en las dos facetas del derecho a la cultura establecidas en los dos apartados del art. 27 DUDH. Sin la segunda (derecho de autor), la primera (derecho a la cultura) quedaría privada de gran parte de su contenido<sup>102</sup>, siendo posible augurar un futuro en el que el volumen de obras decrecería y sería de peor calidad.

---

<sup>99</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, “Acceso a la cultura y propiedad intelectual. El derecho de acceso a la cultura: su significado constitucional. La función social de la propiedad intelectual: la tutela del derecho de acceso a la cultura del art. 40 TRLPI”, in L. ANGUITA VILLANUEVA, *Constitución y Propiedad Intelectual*, Reus, 2014, p. 119-140, en la p. 127.

<sup>100</sup> A. LUCAS, “Droit d’auteur, liberté d’expression et “droit du public à l’information” (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française)”, *A&M* 2005/1, p. 13 y s., en nº 21: “... ya no se trata de conciliar derecho de autor y “derecho del público a la información”, sino de “reivindicar una suerte de “derecho a la cultura”, el derecho de acceder libremente (cuando no gratuitamente) a las obras, es decir, por hablar más crudamente, de hacer que el derecho de autor ceda en interés de los consumidores, y a menudo, de los comerciantes”.

<sup>101</sup> Refiriéndose a la interacción entre el derecho a la libertad de expresión y de información con el derecho de autor, L. ANGUITA considera que el enfrentamiento entre ambos derechos es “más populista que jurídico”, y que la colisión de derechos es relativamente infrecuente: L. ANGUITA VILLANUEVA, “Libertad de expresión e información y derecho de autor”, in L. ANGUITA VILLANUEVA, *Constitución y Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 7-24, en p. 11-12.

<sup>102</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, “Acceso a la cultura y propiedad intelectual...”, op. cit., p. 128: “... plantear el debate en términos de enfrentamiento es un *discurso equivocado*, porque no se puede promover la cultura, sin una protección de los derechos de autor. La relación entre ambos *debe ser de*

59. Ello no obsta para considerar que, en determinadas situaciones, el derecho de autor deba ceder el paso para favorecer otro tipo de intereses. Existen, en este sentido, excepciones al derecho de autor previstas para colmar las necesidades de información de los usuarios<sup>103</sup>. A la búsqueda de un punto de equilibrio entre el derecho de autor y el derecho a la cultura responde el reconocimiento de la excepción de préstamo público en favor de la bibliotecas e instituciones similares. Asimismo, en aras de una mejor articulación entre el derecho de autor y el derecho a la cultura, la Ley española de Propiedad Intelectual incluye, en su artículo 40, una disposición singular que lleva por rúbrica la “tutela del derecho de acceso a la cultura”. La misma establece que, “si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo”. De esta disposición se desprende que, en el ordenamiento jurídico español, el derecho de divulgación sufre una importante transformación en el momento de fallecer el autor. Esta prerrogativa de orden moral podría haberse mantenido a perpetuidad, como ocurre en Francia (art. L. 121-2 *in fine* CPI). Sin embargo, en el Derecho español, una vez fallecido el autor, el derecho de divulgación no sólo podrá ejercerse por un plazo limitado a setenta años, sino que pasa a un primer plano la protección del interés social en la cultura, permitiendo la intervención del Juez en aras de ese interés, por encima del ejercicio del derecho de inédito por parte de los derechohabientes del autor<sup>104</sup>.

---

*convivencia*, no de enfrentamiento. No habrá cultura si no se tutela adecuadamente los derechos que ostentan los creadores sobre el resultado de su creación”. En el mismo sentido, A. ZOLLINGER, *Droits d’auteur et droits de l’Homme*, LGDJ, 2008: en el nº 1106, p. 398 afirma que más que un límite al derecho a la cultura, el derecho de autor consituiría una condición para su cumplimiento final; y en el nº 1105, p. 397, el autor considera que el derecho de autor participa al derecho del público a la cultura: al proteger al creador, fomenta el auge de una cultura de la cual podrá seguidamente disfrutar el público en determinadas condiciones.

<sup>103</sup> Así, las establecidas en los artículos L. 122-5-3º CPI y L. 122-5-9º CPI; o en los artículos 33 y 35 TRPLI.

<sup>104</sup> P. CÁMARA ÁGUILA, “Comentario a los artículos 15 y 16 LPI” in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2017, p. 256-275, en p. 258. Esta particularidad del ejercicio del derecho de divulgación tras la muerte del autor ha sido, no obstante, criticada entre la doctrina. En este sentido, J. CARAMÉS PUENTE, “Comentario al artículo 40 LPI” in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 783-791. El autor considera que, al legislador español, “no parece haberle movido el respeto de la voluntad del autor, operando así una transformación extrema en el contenido de la facultad de divulgación, que queda en entredicho tras la muerte de su titular natural, convirtiéndose en

**60.** Con todo, y a pesar de la existencia de algunos puntos de solapamiento, un análisis detallado del objeto de los derechos a la información o a la cultura pone de manifiesto que estas disposiciones son interpretadas de manera errónea o abusiva en contra del derecho de autor con el único fin de acceder a las obras gratuitamente. En este sentido, conviene examinar seguidamente si la gratuidad es un elemento inherente al contenido de los derechos fundamentales.

#### **b. El alcance**

**61.** El calificativo de “fundamentales” sugiere, de lleno, que estamos ante derechos cuya efectividad debería ser, en principio, garantizada. Cuestión distinta es si tal garantía implica *per se* que el objeto al que los mismos se refierendeba ser acordado a título gratuito. A este respecto, es preciso señalar que la gratuidad no es una característica esencial, inherente o ineludible de la categoría de los derechos fundamentales. En consecuencia, sólo en los casos en que se entiende que el objeto al que se refieren estas normas ha de ser concedido sin exigir a cambio el pago de un precio, la gratuidad aparece expresamente mencionada. Tal es el caso del derecho a la educación y del derecho a un proceso equitativo. El derecho a la información y el derecho a la cultura, por el contrario, no se acompañan de ninguna referencia a la gratuidad, de lo que deducimos que el hecho de que un usuario deba pagar por poder acceder legalmente a una obra o a su soporte no comporta una vulneración de tales derechos. Con la finalidad de apoyar esta afirmación podemos traer a colación un ejemplo cercano a nuestro objeto de estudio. Por medio de su Decisión de 10 de junio de 2009, el *Conseil constitutionnel* francés ha consagrado recientemente la existencia de una suerte “derecho a Internet”<sup>105</sup>. En efecto, la Ley de 12 de junio de 2009, otorgó a una autoridad administrativa independiente la posibilidad de suspender el acceso a Internet

---

una facultad que ha de actuarse de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, es decir, de acuerdo al interés social [...], sin que haya referencia a la intención del autor. Es a la defensa de tal interés que se dirige el control judicial. Es claro, pues, que la facultad de divulgación *post mortem* es radicalmente distinta a la que correspondía al autor y prácticamente se esfuma” (p. 787).

<sup>105</sup> Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *AJDA* 2009, p. 1132; *D.* 2009, p. 1770, point de vue J.-M. Bruguière; *ibid.* p. 2045, point de vue L. Marino; *ibid.* 2010, p. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay; *ibid.* p. 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy; *Dr. soc.* 2010, p. 267, chron. J.-E. Ray; *RFDA* 2009, p. 1269, chron. T. Rambaud y A. Roblot-Troizier; *Constitutions* 2010, p. 97, obs. H. Périnet-Marquet; *ibid.* p. 293, obs. D. de Bellescize; *RSC* 2009, p. 609, obs. J. Francillon; *ibid.* 2010, p. 209, obs. B. de Lamy; *ibid.* p. 415, étude A. Cappello; *RTD civ.* 2009, p. 754, obs. T. Revet; *ibid.* p. 756, obs. T. Revet; *RTD com.* 2009, p. 730, étude F. Pollaud-Dulian.

de las personas que hubieran descargado ilegalmente obras protegidas por el derecho de autor. Para el *Conseil constitutionnel*, esta medida conduce a una violación del art. 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El acceso a Internet es interpretado, por tanto, como el derecho para toda persona a comunicarse y expresarse libremente, y por ello el Juez es el único que debe quedar habilitado para pronunciar tales sanciones. Sin embargo, este acceso a Internet es frecuentemente de pago, y no por ello se considera que esto suponga una violación del derecho a la libertad de expresión.

**62.** En definitiva, un análisis del contenido y del alcance de los derechos fundamentales más frecuentemente invocados frente a la protección que otorga el derecho de autor obliga a relativizar la dimensión del conflicto normativo. Otro tanto puede decirse si nos detenemos en el examen de los sujetos activo y pasivo de tales derechos.

## ***2. Los sujetos de los derechos invocados***

**63.** Los derechos a la cultura o a la información son invocados por los consumidores por su supuesta dimensión prestacional<sup>106</sup>. Formulados como “derechos a”, estas normas sugieren la idea de poder exigir una determinada prestación<sup>107</sup>, como es el hecho de que la cultura o la información sean comunicadas de forma gratuita. Dicho de otro modo, son esgrimidos como si atribuyesen a su titular la facultad de exigir que le sean suministradas las obras. Existiría así un sujeto activo – aquel que se sitúa en la posición de exigir dicha prestación (a), –y un sujeto pasivo – aquel que debe satisfacerla – (b).

---

<sup>106</sup>Muchos de los llamados “derechos a” son derechos prestacionales, es decir, derechos que implican una acción positiva, y que normalmente correrá a cargo de los poderes públicos. En todo caso, el beneficio de uno de estos derechos conlleva una carga correlativa para un tercero que debe satisfacerla. Son derechos de naturaleza prestacional el derecho a la educación, el derecho a la sanidad, el derecho a una vivienda digna, etc.

<sup>107</sup>D. COHEN, “Les droits à...”, *op. cit.*

### **a. El sujeto activo**

**64.** Los derechos fundamentales son invocados como “derechos del público”<sup>108</sup> frente al derecho exclusivo del autor. La relativa facilidad con la que el público que prevalece de los mismos vendría motivada por el hecho de tratarse de derechos reconocidos en favor de la colectividad, igualitarios, universales. Esta dimensión colectiva les otorgaría, además, por naturaleza, una posición de superioridad frente al monopolio de explotación, pues éste último es percibido como un derecho reconocido en favor del solo autor, egoísta, dedicado en suma a la defensa de intereses individualistas.

**65.** En el mismo sentido, los detractores del derecho de autor afirman que esta normativa ignora el interés general o público, e incluso, que carece de finalidad social. Una vez más, una noción como la de “interés público” cuya definición es difusa, es interpretada de manera equivocada como interés “del público” y que, de paso, se aparenta más bien al interés “de los consumidores”. A. STROWEL<sup>109</sup> hace una distinción entre el interés del público a corto plazo y el interés del público a largo plazo. El primero, coincide con el interés del consumidor, y sus rasgos son la gratuidad, la inmediatez y la abundancia en el acceso a las obras. A largo plazo, por el contrario, el interés del público no sólo pondría el acento en el acceso a las obras, sino también en la creación de las mismas, y por ello, resultarían más compatibles con las restricciones de uso impuestas por el derecho de autor. El interés del consumidor, es en definitiva un interés individualista, o a lo sumo categorial, que no ha de confundirse con el interés general. En efecto, el interés general resulta, en realidad, de una ponderación de intereses de tres categorías de sujetos: los del público, los de quienes llevan a cabo actos de explotación de las obras, y los de los autores.

**66.** Es preciso señalar, finalmente, que los derechos fundamentales, rara vez son invocados por el público en sí, sino que son en realidad invocados “en nombre del público” por ciertos intermediarios con el fin de justificar y realizar de forma gratuita,

---

<sup>108</sup> En la doctrina francesa es común referirse al derecho a la información *del público*. En este sentido, *vid.* Ch. GEIGER. “Droit d’auteur et droit du public à l’information”, *D.* 2005, p. 2683: “... a menudo se trata no de un derecho a la información, sino de un derecho del público a la información”. Esta afirmación pone el acento en el destinatario de dicha información.

<sup>109</sup> A. STROWEL, “Considérations sur le droit d’auteur à la lumière des intérêts sous-jacents”, *in* P. GÉRARD, F. OST y M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 233-288.

ciertos actos que entran dentro de la esfera del monopolio de explotación<sup>110</sup>. En consecuencia, el público, o sus intereses, son instrumentalizados para servir a los intereses económicos de muchos grandes actores de Internet. *Google* trata de convencer de que, en la medida en que sus servicios se justifican por la información que proporciona sobre los contenidos, no debería quedar obligada a pedir autorización alguna. Su potencia económica le permite no sólo poner en marcha esta política, sino también de defenderla ante la Justicia<sup>111</sup>. Para *Google*, el derecho de autor constituye una barrera al acceso a la información y al conocimiento<sup>112</sup>, señalando además que la obtención de las autorizaciones correspondientes conlleva una serie de costes de transacción que le impiden satisfacer las demandas de los consumidores, los cuales reclaman inmediatez y exhaustividad en la puesta de contenidos en línea. Es más, en muchos casos, *Google* opta por prescindir de la autorización de los autores y, en su caso, remunerarles posteriormente o retirar el contenido si éstos manifiestan su oposición. Ello supone, en definitiva, una nueva forma de ejercer el derecho de autor, como un derecho de oposición o de retirada (*opt-out*) que se ha generalizado en el entorno digital<sup>113</sup>.

## **b. El sujeto pasivo**

**67.** Los derechos fundamentales son invocados contra el derecho de autor y, por tanto, son los titulares de derechos los que aparecen como sujetos pasivos de los mismos. Una vez más, los derechos a la información o a la cultura son sacados de su contexto e interpretados de una manera desvirtuada.

---

<sup>110</sup> E. TREPPOZ habla, en este sentido, de una “alianza parajónica y oportunista” entre los gigantes de Internet y los usuarios que giran en torno a un Internet “libre” (E. TREPPOZ, “Premiers regards sur la directive droit d’auteur dans le marché numérique”, *JCP E* 2019, n° 27, 4 juillet 2019, p. 28-34, n° 2, p. 29).

<sup>111</sup> S. CARRE et G. VERCKEN, “Google et la fortune du droit d’auteur”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 119-138, en p. 119.

<sup>112</sup> S. CARRE et G. VERCKEN, “Google et la fortune du droit d’auteur”, *op. cit.*, p. 121.

<sup>113</sup> La lógica de *opt-out* ha sido impuesta por algunas normas en la materia como la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, o la Ley n° 2012-287 de 1 de marzo de 2012 relative à l’exploitation numérique des livres indisponibles du xxe siècle. También ha conducido al paso hacia una lógica de *opt-out* la extensión del régimen de irresponsabilidad condicionada previsto en beneficio de los prestadores de servicios de alojamiento de datos (art. 14 de la Directiva 2000/31/CE) a ciertos actores de la Web 2.0, y especialmente a las plataformas contributivas o colaborativas como YouTube (*vid. infra* n° 498 y s.).

68. En cuanto al derecho a la información se refiere, se trata de un derecho que se inscribe en el marco de la libertad de expresión, por más que se le intente dotar de un carácter autónomo interpretándolo como un derecho activo a la búsqueda de información<sup>114</sup>. El derecho a la libertad de expresión se compone, por tanto, de dos facetas: libertad de emisión y de recepción. Ello supone la no injerencia de un tercero en ese canal de difusión y recepción<sup>115</sup>, ya sea un poder público o un particular. Pero dicho particular no es el autor, que es precisamente el que produce o da forma a dicha información. Tampoco lo son los titulares de los derechos de explotación sobre las obras, ni las entidades de gestión a quienes el autor ha cedido o confiado la gestión de sus derechos. Además, y aun cuando el derecho a la libertad de expresión se oponga a una restricción injustificada del acceso a la información, dicha restricción no parece ser de contenido económico. El autor es libre de difundir o no su obra, y si lo hace, quedará facultado para establecer las condiciones en que terceros podrán acceder a ella. Bien interpretado, el derecho a la información, no es realmente un derecho subjetivo a ser informado<sup>116</sup>, ni implica la posibilidad de exigir que al público le sean comunicadas las obras<sup>117</sup>. Esta convicción equivocada se ha visto reforzada por la eficacia horizontal del Conv. EDH, circunstancia que no sólo permite su invocación ante un poder público,

---

<sup>114</sup> A diferencia del art. 10.1 del Conv. EDH, algunas declaraciones internacionales que recogen el derecho a las libertades de expresión e información parecen reconocer la existencia de un derecho activo a la búsqueda de información. En este sentido, el art. 19 DUDH dispone que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Art. 19.2 del Pacto de Derechos Civiles y Económicos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

<sup>115</sup> I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, “Comentario al artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5 de la Constitución Española” in M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y M. E. CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, edición del XL aniversario, BOE-Fundación Wolters Kluwer, 2018, p. 581-616, en p. 597: apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el autor afirma que el derecho a comunicar y recibir información veraz, reconocido en el artículo 20.1. d) CE es un derecho de libertad, que no de prestación, que atribuye al individuo, y singularmente al profesional de la información el poder jurídico de divulgar la narración de hechos sin interferencias, coacciones o restricciones de terceros, públicos o privados.

<sup>116</sup> F.J. BASTIDA, “Comentario al artículo 20 de la Constitución Española” in P. PÉREZ TREMPES, A. SAIZ ARNAIZ (dir.) y C. MONTESINOS PADILLA (coord.), *Comentario a la Constitución Española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, 2018, p. 465 y s., en p. 469: “Cada una de estas libertades recibe un tratamiento jurídico distinto. El derecho a la libre expresión de las ideas conserva su carácter preeminente de derecho público subjetivo, mientras que el derecho a comunicar y recibir información se concibe más desde una perspectiva democrático-funcional, como derecho para garantizar una opinión pública libre”.

<sup>117</sup> A. FERNÁNDEZ MIRANDA y M. GARCÍA SANZ, “Comentario al artículo 20 CE” in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, Edersa, 1996, p. 505-554, en p. 528: “La facultad de recibir, ni es un derecho autónomo, ni un derecho de prestación para el ciudadano”.

sino también entre particulares<sup>118</sup>. En todo caso, el derecho a la información no consiste en una actividad positiva de prestación, sino de un deber de no intromisión en el canal de información por parte de un tercero.

**69.** El derecho a la cultura sí que, por el contrario, comporta esa dimensión prestacional. Sin embargo, no se trata de una prestación que pueda ser exigida a quienes precisamente nutren el patrimonio cultural con sus obras. Los sujetos pasivos de ese derecho a la cultura son, en realidad, los poderes públicos, sin que pueda aplicarse a las relaciones entre particulares. Ello equivaldría a exigir que el derecho a la sanidad o a la educación fueran prestaciones gratuitas impidiendo a los médicos y a los profesores cobrar sus salarios. A este respecto, es significativo que el Conv. EDH, como norma directamente aplicable en los litigios entre particulares, no mencione en su elenco de derechos fundamentales ese derecho a la cultura.

En realidad, el derecho a la cultura, y otros derechos de prestación como puede ser el derecho a la educación, no son derechos subjetivos<sup>119</sup>, sino más bien “objetivos” propios de un Estado de Derecho. La Constitución Española es explícita en ese punto pues, dentro de su Título Primero, relativo a los Derechos y Deberes Fundamentales, regula el derecho de propiedad<sup>120</sup> en su Capítulo Segundo (“De los derechos y libertades”), mientras que el Derecho a la cultura aparece recogido en el Capítulo Tercero (“De los principios rectores de la política social y económica”). Corresponde, en consecuencia, a los poderes públicos promover o facilitar el derecho a la cultura y definir su alcance, sin que esto suponga menoscabo de los derechos de quienes precisamente crean dicha cultura<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> De hecho, es esta eficacia horizontal la que justifica que el derecho a la información haya sido el derecho realmente invocado frente al derecho de autor en lugar del derecho a la cultura, que no aparece recogido en el Conv. EDH.

<sup>119</sup> A. ZOLLINGER, *Droits d’auteur et droits de l’Homme*, op. cit., p. 396: el autor afirma que el derecho del público a la cultura es la “expresión de un ideal democrático en favor de un mejor acceso de todos al saber (a través del patrimonio y de las obras del espíritu). No constituye un derecho subjetivo, sino más bien un principio general con valor simbólico y político. Dan fe de ello los textos que lo reconocen: el Pacto de 1996 tiene ciertamente valor de tratado internacional, pero no puede ser objeto de una aplicación ante la Justicia. Sólo el Convenio Europeo de Derechos Humanos hubiera permitido una invocación directa por parte de los particulares ante los Tribunales. La vocación del derecho del público a la cultura es, por tanto, más política que jurídica. Esta norma tiende, en substancia, a mejorar progresivamente el acceso de todos al patrimonio cultural.

<sup>120</sup> Este derecho de propiedad comprende el derecho de propiedad intelectual.

<sup>121</sup> SAP Madrid, Sección 8ª, de 16 de julio de 2004 (AC 2007/2092): “...el que la Constitución de 1978 disponga en su artículo 44 que los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho, no significa que los poderes públicos tengan que dirigir la mirada hacia otro lado



**70.** En definitiva, los Derechos fundamentales son normas de carácter indeterminado, que se prestan a una interpretación abusiva. El discurso según el cual el derecho de autor vulneraría ciertos derechos o libertades no es más que un discurso orientado a la satisfacción de intereses consumistas. En consecuencia, y a pesar de algunos puntos de colisión inevitables, la supuesta tensión exacerbada entre el derecho de autor y las normas invocadas procede de una interpretación equivocada y desvirtuada de éstas últimas. El conflicto aparece, por tanto, relativamente infundado, y es necesario minimizar su envergadura. En otro orden de ideas, y a pesar de la consideración como normas de carácter fundamental, esta categoría es susceptible de acoger normas de naturaleza jurídica diferente<sup>122</sup>. En realidad, el derecho a la información o el derecho a la cultura no tienen la consideración de auténticos derechos subjetivos<sup>123</sup>. En consecuencia, no existe un derecho subjetivo a acceder a las obras gratuitamente, ni siquiera aun cuando se trate de deducir su existencia de los derechos fundamentales. Con todo, esta la invocación de estas normas ha tenido ciertos efectos en el ámbito del derecho de autor.

## **B. Los efectos en el derecho de autor**

**71.** La imposibilidad de afirmar la existencia de un derecho a la gratuidad inferido de los derechos fundamentales, no ha impedido la irrupción de estas normas en la escena del derecho de autor. Dejando para un momento ulterior el análisis de los efectos que ello ha comportado en actividad del legislador<sup>124</sup>, nos centraremos aquí únicamente en la repercusión que la invocación de los derechos fundamentales ha tenido

---

cuando en el seno de la sociedad se producen abusos y violaciones de derechos en nombre, precisamente, de ese derecho a la cultura [...]. El acceso a la cultura debe, pues, ser considerado como un principio rector de la política social de los poderes públicos, pero no un derecho absoluto que socave los fundamentos personales de esa misma cultura”.

<sup>122</sup>A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, op.cit., n° 1106, p. 397: “El derecho del público a la cultura aparece como un derecho fundamental general, al cual viene a añadirse otro Derecho Humano mucho más específico, el derecho de autor” (traducción propia).

<sup>123</sup>F. POLLAUD-DULIAN, “Liberté de création. Droit d'adaptation. Droit moral. CEDH”, *RTD Com.* 2015, p. 515; P.-Y. GAUTIER, “Contre la “balance des intérêts”: hiérarchie des droits fondamentaux”, *D.* 2015, p. 2189: “En el caso concreto no hay más que un derecho subjetivo: el derecho de autor del fotógrafo. Peter Klasen no posee ningún derecho subjetivo a oponer a aquel de Alix Malka. No se trata de un conflicto, por ejemplo, entre dos derechos de autor ni de un conflicto entre el derecho de autor y un derecho de la personalidad. Se trata de confrontar una libertad y un derecho subjetivo (el cual es, al mismo tiempo, cierto es, uno de los Derechos Humanos). Se trata de dos instituciones jurídicas de diferente naturaleza puestas en un mismo plano – de forma equivocada a nuestro modo de ver – incluso si un abuso del lenguaje está hoy en día muy extendido”.

<sup>124</sup>*Vid. infra*, n° 106 y s.

en la actividad judicial. Éstos se han convertido, en efecto, en un valioso argumento a la hora de tratar de eludir las condenas por infracción de los derechos de autor. Esta integración de los derechos fundamentales en la actividad judicial, además de novedosa, ha otorgado al Juez un papel más activo en su misión de interpretación y aplicación de la Ley. Ello conlleva un riesgo de creación de excepciones pretorianas basadas en los derechos fundamentales (1), así como el paso a una interpretación extensiva de las excepciones existentes (2).

### ***1. La creación de nuevas excepciones por el Juez***

**72.** La resolución de los puntos de conflicto entre el derecho de autor y otros derechos fundamentales pasa por una necesaria ponderación de intereses. Ello consiste en poner en perspectiva dos derechos enfrentados para determinar en qué medida uno de ellos ha de primar sobre el ejercicio del otro. Se trata, en definitiva, de una cuestión de equilibrio o de integración<sup>125</sup>. En los sistemas de derecho de autor continental, esta búsqueda de equilibrio corresponde al legislador. Éste procede a una ponderación de intereses *in abstracto*, cuyo resultado se plasma en una serie de excepciones al ejercicio del derecho exclusivo. Dichas excepciones se conciben como casos especiales, y de ahí que figuren en una lista limitativa, cuya elaboración corresponde, desde la adopción de la Directiva 2001/29/CE, al legislador de la Unión Europea. El sistema es sencillo: todo acto no cubierto por una excepción queda sometido al ejercicio del derecho exclusivo del autor. Considerando que el legislador ha realizado ya una ponderación de intereses, la delegación al Juez en este ámbito es reducida, y su labor debería ser, en cierta forma, automática, limitándose a interpretar el alcance de los términos en los que aparecen redactadas dichas excepciones.

**73.** La invocación de los derechos fundamentales como medios de defensa autónomos— y en especial del art. 10 Conv. EDH—ha supuesto el paso de una ponderación de intereses *in abstracto* a un control de proporcionalidad *in concreto*, esto es, a la luz de las circunstancias del caso. El Juez adquiere así un rol más activo, que va más allá de la mera interpretación del Derecho, convirtiéndose en un auténtico creador

---

<sup>125</sup> A este respecto es preciso señalar que quienes invocan los derechos fundamentales con la única finalidad de paralizar o anular el ejercicio del derecho exclusivo para acceder gratuitamente a las obras se niegan, por definición, a toda búsqueda de equilibrio.

de la norma. De ello deriva un riesgo de creación pretoriana de nuevas excepciones al derecho de autor basadas en los derechos fundamentales, fuera de la lista legalmente establecida en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE. Es, en efecto, posible apreciar una evolución en la apreciación de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales.

**74.** En un principio, los jueces se mostraron reticentes a utilizar la libertad de expresión o el derecho a la información del público para justificar una infracción de los derechos de autor, fuera de las excepciones al mismo previstas en la Ley. La invocación del art. 10 del Conv. EDH fue objeto de un importante asunto en Francia. Con motivo de una exposición de las obras del pintor M. Utrillo, la cadena de televisión *France 2* realizó y difundió, sin contar con la debida autorización, un reportaje en el que se incluía la reproducción íntegra de doce lienzos del artista. Interpuesta la demanda por infracción de derechos por parte de uno de sus herederos, la cadena de televisión invocó el art. 10 Conv. EDH como medio de defensa, alegando el carácter informativo del reportaje, y el derecho del público a ser informado. La demandada fue absuelta en primera instancia<sup>126</sup>, pero la sentencia fue revocada por la Corte de Apelación<sup>127</sup> y finalmente el recurso interpuesto por *France 2* fue rechazado ante la Corte de Casación<sup>128</sup>. Haciendo una aplicación clásica del derecho de autor, la Alta Jurisdicción francesa, afirmó que la representación integral de una obra, cualquiera que sea la forma o su duración, no puede constituir una “courte citation”, y que tampoco procedía acoger favorablemente los argumentos basados en la violación del derecho del público a la información y a la cultura pues “el monopolio legal del autor sobre su obra es una propiedad incorporea [...], a la cual el legislador aporta límites proporcionados, tanto por medio de las excepciones inscritas en el art. L. 122-5 del Código de la Propiedad Intelectual, como por medio del abuso notorio previsto en el art. L. 122-9 del mismo Código”. De esta forma, concluye afirmando que “el argumento basado de la violación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se revela [...] inoperante”.

---

<sup>126</sup> TGI Paris, 3<sup>o</sup> ch., de 23 de febrero de 1999: *D.* 1999, p. 580, nota P. Kamina; *RTD Com.* 2000, p. 96, obs. A. Françon; *RIDA*, avr. 2000, p. 374, nota A. Kéréver; *GRUR Int.* 2001, p. 252, nota C. Geiger.

<sup>127</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> ch. A, de 30 de mayo de 2001: *Légipresse* 2001, n<sup>o</sup> 184, p. 137, nota V. Varet; *D.* 2001, p. 2504, nota C. Caron; *Prop. intell.* 2001, n<sup>o</sup> 1, p. 66, obs. A. Lucas; *RIDA*, janv. 2002, p. 294, obs. A. Kéréver.

<sup>128</sup> Cas. 1<sup>re</sup> civ., de 13 de noviembre de 2003: *D.* 2004, p. 200, nota N. Bouche; *Prop. ind.* janv. 2004, p. 26, obs. P. Kamina; *CCE* janv. 2004, p. 25, obs. C. Caron; *Légipresse* 2004, n<sup>o</sup> 209, p. 23, nota V. Varet; *Prop. intell.* 2004, n<sup>o</sup> 10, p. 549, obs. A. Lucas; *JCP* 2004, II, 10080, y *IIC* 2004, 6, p. 716, nota C. Geiger.

En unos términos similares se pronunció la Corte de Casación belga en su Sentencia de 25 de septiembre de 2003 considerando que el derecho a la libertad de expresión, garantizado en el artículo 10 del Conv. EDH y en el artículo 19 del Tratado internacional relativo a los derechos civiles y políticos, no se oponen a la protección de una obra literaria o artística por el derecho de autor<sup>129</sup>, negando, en consecuencia, la existencia de un conflicto normativo.

**75.** Por el contrario, la invocación del art. 10 Conv. EDH ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en dos asuntos relativos a la infracción de derechos en Internet<sup>130</sup> ha abierto la vía a un posible cambio de paradigma. En el primero de ellos, tres fotógrafos habían sido condenados por la justicia francesa por la puesta en línea no autorizada de una serie de fotografías tomadas durante un desfile de moda, mientras que, en el segundo, la jurisdicción sueca había condenado a los cofundadores de una de las mayores páginas web de intercambio de archivos entre los internautas mediante el protocolo *Torrent*. En ambos casos, los infractores acudieron ante el TEDH alegando que la condena pronunciada vulneraba su derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 10 Conv. EDH. En ambos asuntos, el TEDH comienza afirmando que el derecho de autor, o las condenas pronunciadas en su nombre, constituyen, en efecto, una injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de los infractores<sup>131</sup>. Dicho de otro modo, para el TEDH, el derecho de autor ha de ser visto como una excepción a la libertad de expresión, y como tal excepción, ha de ser interpretada de manera restrictiva. A continuación, el Tribunal examina si dicha injerencia se encuentra justificada, a la luz de tres criterios inferidos del art. 10.2 CEDH<sup>132</sup>: legalidad, legitimidad y necesidad. Por lo que al derecho de autor se refiere,

---

<sup>129</sup> Sentencia de la Corte de Casación belga de 25 de septiembre de 2003, citada en *A&M* 2004/1, p. 29. Para un comentario conjunto de ambas sentencias, francesa y belga, *Vid.* A. LUCAS, *A&M* 2005/1, p. 13.

<sup>130</sup> STEDH 10 de enero de 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald y France*, *AJDA* 2013, p. 1794, *chron.* L. Burgorgue-Larsen; *D.* 2013, p. 172, *obs.* C. Manara; *ibid.* p. 2487, *obs.* J. Larrieu, C. Le Stanc y P. Tréfigny; *ibid.* 2014, p. 2078, *obs.* P. Sirinelli; *RTD com.* 2013, p. 274, *nos obs.*; STEDH 1 de 19 de febrero de 2013, n° 40397/12, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi y Suède (The Pirate Bay)*, *D.* 2013, p. 2487, *obs.* J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; *ibid.* 2014, p. 2078, *obs.* P. Sirinelli.

<sup>131</sup> El apartado n° 34 de la STEDH de 10 de enero de 2013 (asunto *Ashby Donald*) afirma que el art. 10 del Convenio tiene vocación a aplicarse a la comunicación por medio de Internet, cualquiera que sea el tipo de mensaje que trata de vehicular, e incluso en el caso de que el objetivo perseguido sea de naturaleza lucrativa. Por otra parte, en su Sentencia *The Pirate Bay*, el TEDH considera que la creación de un servicio que permite a sus usuarios compartir archivos, informaciones u obras en red deriva del ejercicio de la libertad de expresión. En nuestra opinión, si esta actividad puede ampararse en alguna de las libertades fundamentales, sería más bien en la libertad de empresa, que sin embargo no se encuentra recogida en el Conv. EDH.

<sup>132</sup> La injerencia ha de estar prevista en la Ley, debe perseguir una finalidad legítima y, finalmente, ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzar ese objetivo.

las dos primeras condiciones se encontrarán automáticamente cumplidas<sup>133</sup>. La tercera, relativa al carácter “necesario” de la injerencia, conduce al juez a realizar un control de proporcionalidad, el cual ha de hacerse de manera inevitable a la luz de las circunstancias del caso. El Tribunal sienta las bases de dicho control de proporcionalidad avanzando una serie de criterios para realizar la ponderación de intereses como son la importancia de los derechos protegidos<sup>134</sup>, el carácter comercial de la actividad, el tipo de discurso o de información en cuestión<sup>135</sup>, y la ausencia de participación en un debate de interés general<sup>136</sup>.

En ambos supuestos, el TEDH concluye afirmando que, “entales circunstancias”<sup>137</sup>, la injerencia en la libertad de expresión estaba justificada, y que la gravedad de las sanciones impuestas, no tenía un carácter desproporcionado al fin perseguido. En consecuencia, los Estados disponen de un amplio margen de apreciación nacional. Su razonamiento se basa en que ambos derechos en conflicto se encuentran reconocidos por el Conv. EDH<sup>138</sup>. Además, la finalidad de los infractores era claramente comercial, el tipo de información no era político y no participaban en un debate de interés general. No obstante, si bien en ambos casos el TEDH considera que las condenas por infracción de derechos de autor estaban justificadas, deja la puerta abierta para que, por ejemplo, ciertas difusiones de fotografías en línea puedan quedar justificadas en la persecución de una finalidad de interés general<sup>139</sup>. El mero hecho de afirmar que el derecho de autor ha de ser visto como una excepción a la libertad de expresión deja pensar que este riesgo existe de manera efectiva. Por otra parte, las pautas de interpretación del TEDH no son del todo claras. El Tribunal señala algunos criterios que guían su interpretación, sin que

---

<sup>133</sup> Las sanciones a la violación de los derechos de autor se encuentran previstas en las leyes en materia de propiedad intelectual, y persiguen una finalidad legítima pues su objeto es la protección de los derechos ajenos, en este caso, del derecho de autor. En este sentido, *Vid.* el apartado nº 36 de la STEDH de 10 de enero de 2013 (asunto *Ashby Donald*) anteriormente citada.

<sup>134</sup> Es decir, si el conflicto se plantea entre dos de los derechos recogidos en el Conv. EDH o no.

<sup>135</sup> En el asunto *The Pirate Bay*, el TEDH estima que las obras por las cuales los recurrentes han sido condenados, si bien entran dentro de la protección dispensada por el art. 10 Conv. EDH, no han de beneficiar del mismo nivel de protección que la expresión y el debate políticos.

<sup>136</sup> Tal era el caso de la creación de la plataforma *The Pirate Bay* para permitir a los usuarios compartir archivos. El TEDH señala, además, de que los recurrentes no habían hecho nada para suprimir los ficheros *Torrent* litigiosos. En el mismo sentido, en el asunto *Ashby Donald* (apartado nº 39), el TEDH estima que la publicación de una serie de fotografías protegidas en una página web con el fin de venderlas u ofrecer un acceso a las mismas a cambio de una remuneración persigue una finalidad comercial, y en ningún caso puede decirse que con ello los recurrentes participen a un debate de interés general.

<sup>137</sup> El Tribunal procede, por ende, a una valoración casuística.

<sup>138</sup> Apartados 33 y 40 de la STEDH de 10 de enero de 2013, *Ashby Donald*, anteriormente citada.

<sup>139</sup> Podemos pensar, por ejemplo, en una difusión de fotografías de desfiles de moda cuya finalidad sea la de denunciar el riesgo de incitación a una delgadez extrema que derive en anorexia.

sepamos si hay o no una jerarquía entre los mismos, así es necesaria la concurrencia de todos ellos. El tipo de mensaje y el hecho de que éste se inserte en un debate de interés general parecen tener una importancia particular, pero esta última circunstancia difícilmente puede ser evaluada de un modo objetivo.

**76.** Este recurso al principio de proporcionalidad, metodología propia del razonamiento del TEDH, ha sido recientemente importado por la Corte de Casación francesa. En realidad, la tendencia rebasa el campo del derecho de autor y se enmarca dentro de una reforma del alto órgano jurisdiccional francés que supone una mayor toma en consideración de las disposiciones del Conv. EDH<sup>140</sup> en su doctrina. Su primera manifestación en el ámbito de la propiedad literaria y artística se encuentra en la Sentencia de 15 de mayo de 2015 (asunto *Alix Malka c/ Peter Klasen*)<sup>141</sup>. El asunto versaba sobre la utilización que un artista había hecho una serie de fotografías de otro autor, sin contar con su autorización, para integrarlas en una de sus obras. El demandado trató de justificar su actuación en el ejercicio del derecho a la libertad de creación, alegando, además, que con su obra pretendía suscitar una “reflexión de orden social” y dirigir una crítica hacia la sociedad de consumo actual. La Corte de Casación reprochó a la Corte de Apelación el haber dado prevalencia de forma automática a los intereses del autor de la primera obra sobre los de la segunda, es decir, sin haber procedido a examinar si existía un justo equilibrio entre los derechos en cuestión: el derecho de autor, por un lado; y el derecho a la libertad de expresión artística derivado del artículo 10 del Conv. EDH, por otro<sup>142</sup>. Esta afirmación equivale a considerar que el juez puede descartar la aplicación del derecho de autor si, en el caso concreto, considera que ésta resultaría desproporcionada para una de las partes.

---

<sup>140</sup>B. LOUVEL, “Réflexions à la Cour de cassation”, *D.* 2015, p. 1326; F. CHÉNEDÉ, “Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ?”, *D.* 2016, p. 796; R. LIBCHABER, “Une motivation en trompe-l'oeil: les cailloux du Petit Poucet”, *JCPG* 2016, 1088; D. MAZEAUD, “Proportionnalité à la une !”, *JCP G* n° 40, 3 oct. 2016.

<sup>141</sup>Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Alix Malka y Peter Klasen*, *D.* 2015, p. 1672, nota A. Bensamoun y P. Sirinelli; *CCE* 2015, comm. 7, n° 55, obs. C. Caron.

<sup>142</sup>“Visto el artículo 10.2 del Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Considerando que, para descartar el argumento derivado de un ataque a la libertad de expresión artística de M. X... y condenarlo a la reparación del perjuicio resultante de los ataques realizados a los derechos patrimoniales y moral de M. Y..., la sentencia retiene que los derechos sobre las obras que resultan de una infracción de derechos no deberían, a falta de un interés superior, prevalecer sobre los derechos de las obras de las cuales éstas derivan, a menos que se desconozca el derecho a la protección de los derechos ajenos en materia de creación artística; Que decidiendo así, sin explicar de forma concreta por qué la búsqueda de un justo equilibrio entre los derechos en presencia requería la condena pronunciada, la Corte de apelación ha privado su decisión de base legal con respecto al texto antes mencionado” (traducción propia).

Estimando que el control de proporcionalidad es algo que corresponde a los jueces del fondo, la Sentencia de reenvío de la Corte de Apelación de Versailles en el asunto *Peter Klasen*<sup>143</sup>, fue muy esperada. La Sentencia de la Corte de Casación había colocado a este órgano jurisdiccional en posición muy comprometida, pues debía decidir cuál de los dos derechos debía primar sobre el otro. Por este motivo, la Corte de Apelación acaba resolviendo el caso inventando un criterio de “susbtituibilidad” para proceder al examen de ese justo equilibrio entre los intereses en cuestión. El control de proporcionalidad se convierte así una prueba sobre la necesidad de emplear la obra primera por el autor de la segunda, prueba que en el caso concreto no resultaba suficiente. En consecuencia, estima que el autor de la segunda obra podría haber empleado otras fotografías publicitarias del mismo género. De ello resulta que el empleo de la primera obra no era “necesario” para el ejercicio de su libertad de expresión artística, de manera que el hecho de tener que solicitar previamente la autorización del autor no podía ser considerado como una vulneración del derecho a la libertad de expresión.

Es evidente que los jueces de la Corte de Apelación de Versailles necesitaban encontrar un mecanismo que les permitiera sopesar los intereses en juego, pero este nuevo criterio no hace sino complicar aún más el análisis<sup>144</sup>. ¿Cómo demostrar que el autor podría haber creado su obra utilizando otra obra y no la que empleó, o incluso ninguna obra preexistente? ¿Ha de entenderse, por tanto, que, si la obra empleada no es sustituible, el principio de la autorización previa del autor supone un ataque a la libertad de expresión o de creación? A mayor abundamiento, cuanto más emblemática sea una obra, menos podría el autor ejercer sus derechos puesto que siempre encontrará a alguien que tratará de hacer valer que la obra era indispensable para reproducirla en una obra segunda obra sin autorización<sup>145</sup>.

**77.** El razonamiento de la Corte de Casación en la Sentencia de 15 de mayo de 2015 sería reiterado posteriormente en la Sentencia de 22 de junio de 2017 en el asunto *Dialogue des Carmélites*<sup>146</sup>. Con ello, la Corte de Casación parece imponer el control de

---

<sup>143</sup> CA Versailles (1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect.), 16 de marzo de 2018, n° 15/06029, *Alix Malka y Peter Klasen: Dalloz IP/IT* 2018 p. 300, obs. V.-L. Benabou; *RTD Com.* 2018, p. 345, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* 2018, n° 32, obs. Ch. Caron.

<sup>144</sup> V.-L. BENABOU, “*Klasen: quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres*”, *Dalloz IP/IT* 2018, p. 300.

<sup>145</sup> V.-L. BENABOU, “*Klasen: quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres*”, *op. cit.*

<sup>146</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, de 22 de junio de 2017, n° 15-28.467, *D.* 2017, p. 1955 nota P. Malaurie; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 536, obs. J. Daleau; *RTD com.* 2017, p. 891, obs. F. Pollaud-Dulian.

proporcionalidad *in concreto* como un instrumento ineludible<sup>147</sup>. El caso versaba sobre una puesta en escena de una ópera de F. Poulenc y libreto de G. Bernanos. El autor de dicha puesta en escena había atribuido un rol completamente diferente a uno de los personajes principales, desnaturalizando la trama final de la ópera, si bien el texto y la música habían sido respetados. Por este motivo, fue demandado por los herederos de los titulares de derechos bajo el fundamento del derecho moral al respeto a la integridad de la obra. Para su defensa invocó el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, argumento que fue acogido favorablemente. En este sentido, la Corte de Casación estima que la Corte de Apelación debería haber explicado por qué motivo la búsqueda de un justo equilibrio entre los intereses en juego hacía prevalecer el derecho moral del compositor y del autor del libreto sobre la libertad de creación del escenógrafo. En su Sentencia de reenvío de 30 de noviembre de 2018<sup>148</sup>, la Corte de Apelación de Versailles califica la puesta en escena como obra susceptible de protección. Y para dar prioridad a los intereses del escenógrafo, emplea un laborioso razonamiento basado en una comparación entre las libertades tomadas por éste y el núcleo fundamental de la intriga, tal y como ésta había sido establecida por G. Bernanos y F. Poulenc. De ello deduce que las características de la obra se habían mantenido y, por tanto, que ésta no había sido modificada en su “significación”, por lo que acaba desestimando las pretensiones de los herederos de los titulares de derechos.

**78.** En definitiva, la invocación de los derechos fundamentales en el marco de la actividad judicial supone una amenaza para la adecuada protección del derecho de autor. El juicio de proporcionalidad que deriva del mismo conduce a un juicio causístico, realizado en equidad y no en Derecho. Además, al descansar en la apreciación subjetiva de los jueces, no puede descartarse que éstos no se vean influenciados por las corrientes que ponen en entredicho la legitimidad del derecho de autor<sup>149</sup>. En última instancia, la consideración de los derechos fundamentales como límites externos equivale a la

---

<sup>147</sup> A. LATIL, “Contrôle de proportionnalité en droit d’auteur”, *Juris art etc.*, 2016, n°39, p.18.

<sup>148</sup> CA Versailles de 30 de noviembre de 2018, n° 17/08754, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 101, obs. P.-Y. Gautier.

<sup>149</sup> A. LATIL, “Contrôle de proportionnalité...”, *op. cit.*, p. 10: “El control de proporcionalidad es un instrumento de medida que debe apreciarse *in concreto*. Para ello, el Juez debe tener en cuenta los hechos del caso, los usos y las prácticas. Por lo tanto, tanto en derecho de autor como fuera del mismo, el control de proporcionalidad conduce a introducir hechos sociales en el seno del razonamiento jurídico” (traducción propia).



introducción de una suerte de *fair use*<sup>150</sup> en los sistemas de derecho de autor continental, y conduce a un riesgo de creación de “meta-excepciones”<sup>151</sup> por parte del Juez.

**79.** Tres pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) parecen, no obstante, haber puesto un freno a esta tendencia a la invocación de los derechos fundamentales como medios de defensa autónomos. Por medio de sus Sentencias de 29 de julio de 2019<sup>152</sup>, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse expresamente acerca la posibilidad de que los derechos fundamentales pudieran justificar excepciones al derecho exclusivo, al margen de las reconocidas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE<sup>153</sup>. A este respecto, el Alto responde afirmando que la lista de excepciones establecida en el artículo 5 tiene carácter exhaustivo. Lo contrario amenazaría la efectividad de la armonización del derecho de autor, así como el objetivo de seguridad jurídica. En este sentido, el TJUE recuerda que las disparidades en materia de excepciones entre los Estados miembros tienen una incidencia negativa directa en el mercado anterior, argumento que, sin embargo, llama la atención si se tiene en cuenta que exceptuando una (la excepción de reproducción transitoria), todas las demás excepciones reconocidas en la Directiva 2001/29/CE. Con todo, de la interpretación del TJUE se desprende que ni el legislador ni el juez pueden nuevas excepciones que no estén previstas en la lista europea, incluso cuando éstas estén basadas en los derechos fundamentales. Por el contrario, el TJUE afirma que los derechos fundamentales sí pueden servir al juez para apartarse del principio de interpretación estricta de las excepciones, convalidando así otra tendencia que él mismo había iniciado.

---

<sup>150</sup> A este respecto, consideramos que las virtudes a nivel de flexibilización del sistema que éste presenta no compensan la falta de seguridad que el mismo conlleva, y en base a la cual los sistemas de tipo continental habían optado por un sistema cerrado de excepciones.

<sup>151</sup> P. SIRINELLI y A. BENSAMOUN, “Droit d’auteur vs liberté d’expression: suite et pas fin...”, *D.* 2015, p. 1672.

<sup>152</sup> STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019, asuntos C-476/17 (*Pelham GmbH y Ralf Hütter*); C-516/17 (*Spiegel Online GmbH y Volter Beck*) y C-469/17 (*Funke Medien NRW y Allemagne*): *RTD Eur.* 2019, p. 927, chron. E. Treppoz; *Dalloz IP/IT* 2019, p. 465, obs. N. Maximin.

<sup>153</sup> El primero de ellos versaba sobre la integración de algunos segundos de una secuencia rítmica compuesta por *Kraftwerk*, sin autorización, a una canción de otro grupo. El conflicto se planteaba así entre el derecho de vecino del productor de fonogramas y la libertad de creación (asunto C-476/17, *Pelham GmbH c/ Ralf Hütter*). El segundo derivaba de una difusión no autorizada por un organismo de prensa, *Spiegel*, de un artículo redactado por un parlamentario alemán en su juventud el cual había cambiado de parecer acerca de lo que en su día había afirmado. Además de invocar el beneficio de la libertad de información reconocida en la Carta de Derechos Fundamentales, el periódico de prelación de las excepciones de cita y de actualidad (asunto C-516/17, *Spiegel Online GmbH c/ Volter Beck*). En cuanto al tercer asunto, éste consistía en una difusión no autorizada de informes militares. Al igual que en el supuesto anterior, estaban en juego la libertad de información, así como las excepciones de cita y de actualidad (asunto C-469/17 (*Funke Medien NRW c/ Allemagne*)).

## 2. La interpretación extensiva de las excepciones existentes

**80.** El segundo impacto que los derechos fundamentales han tenido en el ámbito del derecho de autor interviene en sede de la interpretación de las excepciones. A este respecto, es preciso recordar que, en los sistemas de tipo cerrado, y atendiendo al carácter excepcional de las situaciones en las que el derecho de autor cede en favor de otros intereses, las excepciones han de ser interpretadas restrictivamente. Este principio básico de los sistemas de derecho de autor continental ha sido puesto en entredicho en la jurisprudencia reciente del TJUE, en asuntos relativos a la interpretación del alcance de las excepciones de cita<sup>154</sup>, parodia<sup>155</sup>, y préstamo<sup>156</sup>. En ellos, el TJUE enumera, de forma recurrente, una serie de principios de interpretación difícilmente conciliables entre sí.

**81.** Por un lado, el TJUE recuerda que el objetivo principal de la Directiva 2001/29/CE consiste en establecer un “elevado nivel de protección de los autores” como algo primordial para la creación intelectual, tal y como se desprende del considerando nº 9. Por este mismo motivo, el TJUE recuerda también el principio de interpretación estricta de las excepciones, así como la regla de los tres pasos<sup>157</sup>, y en alguna ocasión, la exigencia de seguridad jurídica respecto de los autores. Ahora bien, el TJUE señala que la interpretación que se dé a una excepción debe permitir igualmente salvaguardar su “efecto útil” y respetar su finalidad<sup>158</sup>. En la medida en que las excepciones pretenden mantener un “justo equilibrio” entre los derechos e intereses de los autores y de los usuarios, y que muchas de ellas están basadas en alguno de los derechos

---

<sup>154</sup> STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer: Légipresse* 2012, p. 161, nota J. Antipapas; *Propr. intell.* 2012, p. 30, obs. A. Lucas; *RTD com.* 2012, p. 118, obs. F. Pollaud-Dulian; *D.* 2012, p. 2837, obs. P. Sirinelli; y STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019, asunto C-476/17, *Pelham GmbH y Ralf Hütter: JCP G* 2019, nº 40, 992, nota J.-M. Bruguière.

<sup>155</sup> STJUE (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/12, *Deckmyn et al. y Vandersteen: CCE* 2014, comm. 82, nota Ch. Caron; *RLDI* 2014, nº 3583, nota C. Castets-Renard; *RLDI* 2014, nº 3599, nota Ph. Mouron; *Légipresse* 2014, nº 321, p. 604, nota N. Blanc; *Propr. intell.* 2014, nº 53, p. 393, obs. J.-M. Bruguière. Siguiendo esta STJUE, en Francia Cas. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2019, nº 18-12.718, *M., épouse G. y Le Point: CCE* nº 7-8, Juillet 2019, comm. 47, nota Ch. Caron.

<sup>156</sup> STJUE (Sala Tercera) de 10 de noviembre de 2016, asunto C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken: D.* 2017, p. 747, nota C. Alleaume; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 42, obs. S. Dormont; *RTD civ.* 2017, p. 173, obs. P.-Y. Gautier; *RTD com.* 2017, p. 79, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* nº 2, Février 2017, comm. 10, nota Ch. Caron.

<sup>157</sup> Artículo 5.5 de la Directiva 2001/29/CE.

<sup>158</sup> El principio de salvaguarda del efecto útil es una manera de garantizar que la un límite o excepción al derecho de autor no sea interpretado de forma tan restrictiva que llegue a inhabilitar su finalidad, esto es, que quede privado de efecto.

fundamentales<sup>159</sup>, el TJUE, acaba inclinando la balanza del lado del derecho fundamental que motiva el reconocimiento de la excepción como medio para salvaguardar su efecto útil.

Ello le conduce, en la práctica, a decantarse por una interpretación lo más amplia posible de la excepción o limitación en cuestión. A título de ejemplo, el TJUE ha afirmado, en este sentido, que carece de pertinencia el hecho de saber si la cita se hace en una obra protegida por derechos de autor o bien en una obra o prestación no protegida por tales derechos<sup>160</sup>; por otra parte, afirma que la parodia no ha de ser, como tal, original, ni ha de incidir en la obra misma<sup>161</sup>, sino que puede servir, por ejemplo, para burlarse del comportamiento de un personaje político<sup>162</sup>. En cuanto a la excepción relativa al préstamo público, el TJUE ha extendido su aplicación a los ejemplares en formato digital, si bien sometiéndolo a una serie de requisitos<sup>163</sup>.

**82.** Esta tendencia progresiva de la jurisprudencia del TJUE a ampliar el alcance de las excepciones en base a los derechos fundamentales ha provocado que el propio Tribunal de Justicia sea interrogado acerca de si un órgano nacional puede apartarse de una interpretación restrictiva de las excepciones que tenga plenamente en cuenta la necesidad de respetar la libertad de expresión y de información, garantizada por el artículo 11 de la Carta. En dos de las anteriormente mencionadas Sentencias de 29 de julio de 2019<sup>164</sup>, el TJUE recuerda que las excepciones establecidas en el artículo 5 de la Directiva de 2001 deben permitir salvaguardar su efecto útil y respetar su finalidad, exigencia que reviste especial importancia cuando esas excepciones y limitaciones están destinadas a garantizar el respeto de ciertas libertades fundamentales. Y siguiendo la metodología propia del TEDH, considera que es necesario efectuar una ponderación entre los derechos de autor y el derecho a la libertad de expresión, teniendo para ello en cuenta si la información en cuestión posee especial relevancia en el debate político o para el interés general. Esa ponderación deberá hacerse a la luz del conjunto de

---

<sup>159</sup> En efecto, las excepciones de cita y de parodia están basadas en el derecho a la libertad de expresión; y la excepción de préstamo en el derecho a la cultura.

<sup>160</sup> STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer*.

<sup>161</sup> STJUE (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/12, *Deckmyn et al. y Vandersteen*.

<sup>162</sup> Para un mayor desarrollo de la interpretación del TJUE de las excepciones de parodia y de cita, *vid. infra*, nº 143 y s.

<sup>163</sup> STJUE (Sala Tercera) de 10 de noviembre de 2016, asunto C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken*.

<sup>164</sup> STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online GmbH y Volter Beck* (apartados nº 50-59) y STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019, asunto C-469/17 *Funke Medien NRW y Allemagne* (apartados nº 65-76).

circunstancias del asunto de que se trate, además de basarse en una interpretación de esas excepciones que, respetando su tenor y salvaguardando su efecto útil, sea plenamente conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta.

**83.** En definitiva, y por medio de lo afirmado en estas dos Sentencias de 29 de julio de 2019, el TJUE parece confirmar su doctrina en materia de interpretación de las excepciones. En sí el principio de interpretación estricta de las excepciones sigue rigiendo en la materia, pero atendiendo a las circunstancias del caso, si hay un interés mayor que justifique dar más peso a otro derecho o libertad fundamental, el TJUE acabará inclinando la balanza de ese lado.

**84.** La invocación de los derechos fundamentales ha supuesto, en definitiva, un riesgo para la efectiva protección del derecho de los autores. Limitándonos aquí a la repercusión que estas normas han tenido en la actividad judicial, se ha observado una tendencia por parte de ciertos tribunales - y en especial por parte de la Corte de Casación francesa - a acogerlos favorablemente como medios de defensa autónomos. Ello conduce a una ponderación de intereses realizada en función de las circunstancias del caso, una tendencia a la que el TJUE ha puesto freno sobre la base del necesario respeto a la lista de excepciones establecida en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE. Subsiste no obstante un riesgo a que el principio de interpretación estricta de las excepciones se vea descartado para privilegiar el “efecto útil” de la excepción cuando ésta emana de un derecho fundamental. En todo caso, de la invocación, abusiva y desmesurada, de estas normas no puede deducirse la existencia de un derecho general a acceder a las obras libremente en Internet. Cosa distinta es que, en casos específicos, el derecho de autor autorice el recurso a la gratuidad. En efecto, esta normativa no ignora la gratuidad sino que le reserva un lugar importante.

## **Sección 2: El tratamiento de la gratuidad por el derecho de autor**

**85.** Los derechos de explotación del autor son la expresión del poder jurídico que éste ejerce sobre su obra, poder que presenta las características del derecho de

propiedad<sup>165</sup>. En su vertiente patrimonial, el derecho de autor confiere pues a su titular la posibilidad de exigir el pago de una remuneración a cambio de los usos autorizados de su obra. Dicha remuneración constituye el principal medio de subsistencia del autor, y su finalidad última es la de incentivar la creación. De ello se infiere que la gratuidad no parezca constituir, en principio, una prioridad en nuestra disciplina.

**86.** No obstante, lejos de ignorarla, el legislador ha previsto una serie de supuestos en los que el acceso y/o la utilización de la obra son posibles a título gratuito. Como es lógico, el oportunismo de los consumidores en este terreno es patente, cuyas voces se alzan para tratar de que estos espacios de libertad y gratuidad concedidos a los usuarios de las obras protegidas sean ampliados y reforzados incesantemente. La hostilidad actual hacia el derecho de autor hace que la gratuidad esté llamada a ocupar un lugar creciente en las evoluciones futuras de esta legislación. Dentro de esta gratuidad admitida por el legislador, es posible distinguir dos supuestos: así, junto a una gratuidad que podemos calificar de “conforme” a la lógica del derecho de autor (§1), se asiste al desarrollo reciente de otros modelos de gratuidad que trastocan algunos de sus fundamentos básicos (§2).

### ***§ 1. La gratuidad conforme a la lógica del derecho de autor***

**87.** El derecho patrimonial del autor se acompaña de una serie de disposiciones en virtud de las cuales el recurso a la gratuidad queda autorizado, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. Ésta procede, según los casos, de la voluntad del autor (A) o de la voluntad del legislador (B).

---

<sup>165</sup> La consideración del derecho exclusivo de explotación como derecho de propiedad es prácticamente unánime en la doctrina francesa, *Vid.* entre otros, M. VIVANT et BRUGUIÈRE, *Droit d’auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 3<sup>a</sup> éd., n° 514, p. 459; C. CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2015, 4<sup>e</sup> éd., n° 295, p. 258-259. En este sentido se ha pronunciado el *Conseil Constitutionnel* francés: Cons. const., 27 juillet 2006, *loi DADVSI*. La cuestión no ofrece dudas en el Derecho español por cuanto la Propiedad Intelectual figura expresamente entre las llamadas “Propiedades especiales” que regula el Código Civil en su Título IV del Libro II (arts. 428 y 429 del C.c.). En el mismo sentido, *Vid.* los considerandos n° 3 y 9 de la Directiva 2001/29/CE.

## A. La gratuidad, voluntad del autor

88. La fuerte demanda social en favor de la gratuidad ha propiciado el desarrollo de nuevos usos en el ámbito de la creación y la difusión de obras marcados por un cierto “desinterés pecuniario” por parte del autor. En un contexto en el que la legitimidad del derecho de autor ha sido puesta en entredicho, y en el que la oferta legal ha de competir con multitud de ofertas ilegales gratuitas, está bien visto que los creadores pongan, voluntaria y gratuitamente, sus obras a disposición del público<sup>166</sup>.

Estas prácticas se inscriben en los movimientos de “lo libre”, el “*open*”<sup>167</sup> o, de manera más genérica, del *copyleft*. Todos ellos persiguen una finalidad común que consiste en promover el libre acceso y la diseminación de las obras y, en este sentido, son presentados como una alternativa al *copyright* o al derecho de autor. De hecho, surgen como reacción a la protección que confiere este último, y que juzgan como excesiva. Estas últimas afirmaciones convienen, no obstante, ser matizadas.

89. En efecto, el derecho exclusivo de explotación es, a menudo, percibido como una facultad que permite a su titular oponerse a la explotación de la obra, olvidando que es también y, ante todo, un derecho a autorizarla<sup>168</sup>. En ello consisten, ni más ni menos, los negocios jurídicos de cesión de derechos. El autor puede, por tanto, dar su consentimiento para que la obra sea explotada, incluso de forma gratuita, si tal es su deseo. El art. L. 122-7, 1º del CPI recuerda, en este sentido, que “el derecho de representación y el derecho de reproducción pueden ser cedidos a título gratuito o a título oneroso”. La precisión es en cierta forma superflua, si tenemos en cuenta que el derecho de autor, al menos en su vertiente patrimonial, es considerado como un derecho de propiedad<sup>169</sup>, y como tal, concede a su titular la facultad de disponer de la cosa – en este caso un objeto inmaterial –, incluso renunciando a percibir los frutos<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> V.-L. BENABOU, “Le libre”, in E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 57-73, nº 41, p. 69.

<sup>167</sup> Se habla así de “licencias libres”, de “libre acceso”, etc. *Open Source, Open Data, Open Access, Open Knowledge*.

<sup>168</sup> F. RIVERO HERNÁNDEZ habla de una doble manifestación jurídica de los derechos de explotación. La primera, de orden negativo, supone el derecho a oponerse a la explotación de la obra por un tercero sin su autorización; y la segunda, orden positivo, que consiste en el efectivo ejercicio y explotación, si quiere y cuando quiera, por el propio autor (F. RIVERO HERNÁNDEZ, Comentarios art. 17, p. 271, 3ª ed.).

<sup>169</sup> T. AZZI, “La cession à titre gratuit du droit d’auteur”, *RIDA* nº 237, juillet 2013, p. 91-135, p. 95. El artículo 428 del Código Civil español dice al respecto que “el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad”. Por tanto, las cesiones a título gratuito, aun no mencionadas de manera directa en el TRLPI, se deducen de la naturaleza jurídica del

90. Partiendo, pues, de esta faceta del derecho de autor como un derecho de autorizar surgieron en el ámbito informático las primeras licencias libres. El movimiento fue presentado como una reacción al exceso de protección del *software* privativo. A diferencia de éste, el *Free Software* así como el *software Open Source* conceden ciertas libertades a los usuarios, dependiendo del tipo de licencia<sup>171</sup>, las cuales implican, en todo caso, la divulgación del código fuente.

91. El mecanismo de las licencias libres fue rápidamente extendido a otros ámbitos de la creación, cobrando especial importancia en el ámbito de la difusión de obras por medio de Internet<sup>172</sup>. Este nuevo canal de difusión permite al autor prescindir de los intermediarios tradicionales del proceso de edición y comercialización o distribución de obras. Animado por una ideología que promueve el acceso colectivo y compartido a los recursos intelectuales<sup>173</sup>, surge la necesidad para el autor de encontrar un mecanismo que le permita, por un lado, afirmar su voluntad de poner la obra en línea a la libre disposición de cualquier usuario potencial<sup>174</sup>, y, al mismo tiempo, modular la extensión de las libertades de acceso y de uso permitidas. En otros términos, el autor busca dotarse de un marco en base al cual poder autorizar los usos de su obra, sin que ello suponga el abandono del derecho exclusivo.

---

Derecho patrimonial, y su admisión resulta de la aplicación de las reglas civiles generales. En consecuencia, el derecho exclusivo de explotación no implica que dicha explotación deba suponer, siempre, la obtención de una remuneración (Vid. C. GETE-ALONSO Y CALERA, “Comentario al artículo 43 LPI”, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2017, p. 767).

<sup>170</sup> T. AZZI, “La gratuité en droit d’auteur” in N. MARTIAL-BRATZ y C. ZOLYNSKI (dirs.), *La gratuité, un concept aux frontières de l’économie et du Droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 239-254, en p. 242. Esto es así, aun cuando algunas disposiciones de las leyes den la impresión de otorgar un carácter obligatorio a la remuneración del autor. El art. 46.1 TRLPI recuerda, en este sentido, que la regla relativa a la participación proporcional del autor en los ingresos derivados de la explotación de la obra sólo será de aplicación en el caso de la cesión otorgada a título oneroso. La misma conclusión ha sido adoptada por la jurisprudencia francesa con respecto a la compatibilidad entre los arts. L. 122-7 y L. 131-4 CPI (CA Paris, 4º ch. B, 25 nov. 2005, *SNAC et SGDL c./L’Harmattan*: CCE 2006, comm. 40, obs. Ch. Caron; *JCP G* 2006, I, 162, nº 14, obs. C. Caron; *Propri. intell.* 2006, p. 183, obs. A. Lucas; y CA Paris, 4º ch. A, 22 de marzo de 2006, *Benzaquen y SARL Éd. Frison-Roche*, Juris-Data nº 2006-299406). Todo ello siempre y cuando la cláusula que estipule la cesión a título gratuito no revista ninguna ambigüedad y quede bien establecido el consentimiento del autor para dicha cesión, atendiendo a las reglas generales relativas a la transmisión de derechos (arts. L. 131-1 y s. CPI y arts. 42 y s. TRLPI).

<sup>171</sup> La *General Public Licence* (GPL), que inaugura el movimiento de las licencias libres, acuerda al usuario los derechos de utilizar, reproducir, distribuir y modificar el programa de ordenador.

<sup>172</sup> Destacan en este sentido, por su popularidad, las licencias *ArtLibre* y *Creative Commons*.

<sup>173</sup> S. DUSOLIER, “Le jeu du copyleft entre contrat et propriété”, *Cahiers de droit de l’entreprise* nº 6, Novembre 2015, dossier 52.

<sup>174</sup> La protección de la obra por el mero hecho de la creación y la consiguiente ausencia de formalidades suponen que una obra puesta a disposición en Internet, aun sin mediar ningún tipo de restricción de acceso o de uso, quede protegida, y que el titular de derechos pueda hacer valer su derecho exclusivo. Desde este punto de vista, las licencias libres otorgan seguridad jurídica.

92. Estas licencias se apoyan en el ejercicio del derecho exclusivo del autor. Su finalidad es autorizar<sup>175</sup>, o promover un acceso amplio a las obras intelectuales, pero dentro de determinados parámetros<sup>176</sup>, es decir, determinandolas condiciones y los límites de dicha autorización<sup>177</sup>. Ello supone, en base a la aplicación clásica del derecho de autor, que todo acto que no se encuentre expresamente autorizado por la licencia queda dentro de ámbito de la reserva de derechos. En consecuencia, no suponen un abandono o renuncia del derecho exclusivo, es decir, las obras bajo licencias libres no son obras libres de derechos ni obras que se encuentran en el dominio público<sup>178</sup>. De hecho, su titular ni siquiera cede su derecho de propiedad, sino que únicamente otorga un derecho de uso<sup>179</sup>. Todo ello en base a un mecanismo contractual como es la licencia<sup>180</sup>.

93. En cuanto a su relación con la gratuidad, es preciso señalar que las primeras licencias libres no fueron necesariamente gratuitas<sup>181</sup>. La filosofía del *copyleft* se basa ante todo en un ejercicio del derecho exclusivo que tenga como fin otorgar ciertas libertades de acceso y de uso, sin que ello conlleve *per se* que dichas autorizaciones deban concederse siempre a título gratuito. No obstante, la gratuidad en este tipo de licencias se ha ido generalizando, hasta el punto de convertirse en un componente esencial de algunas de ellas, como es el caso de *Creative Commons* y *ArtLibre*.

Es en todo caso, este aspecto el que ha llamado la atención del legislador francés para introducir, por medio de la Ley DADVSI de 1 de agosto de 2006 una segunda disposición relativa a la gratuidad en el art. L. 122-7-1 CPI, según la cual “el autor es

---

<sup>175</sup> S. DUSOLLIER habla así de un ejercicio del derecho exclusivo “en sentido inverso” (“*a rebours*”): S. DUSOLLIER, “Le jeu du copyleft entre contrat et propriété”, *op. cit.*

<sup>176</sup> A modo de ejemplo, existen hasta seis tipos de licencias *Creative Commons*, en función de: la posibilidad o imposibilidad de modificar la obra, de proceder a una utilización comercial de la misma, o de la obligación de compartir la obra (modificada o no) en condiciones idénticas a las de la obra original (lo cual equivale a la prohibición de reconstituir nuevos derechos exclusivos), etc.

<sup>177</sup> Se pasa así del sistema “todos los derechos reservados” a un sistema de “algunos derechos reservados”.

<sup>178</sup> S. DUSOLLIER, “Le jeu du copyleft entre contrat et propriété”, *op. cit.*: “El hecho de no renunciar a la protección exclusiva es una estrategia más fuerte que el abandono del derecho, lo cual pondría la obra en un dominio público, espacio que carece de protección jurídica, y que no permite hacer oposición o fuerza contra una eventual reapropiación” (traducción propia).

<sup>179</sup> Ch. CARON, “Les licences de logiciels dits “libres” à l’épreuve du droit d’auteur français”, *D.* 2003, p. 1556; S. DUSOLLIER, “Le jeu du copyleft entre contrat et propriété”, *op. cit.*

<sup>180</sup> S. DUSOLLIER, “Le jeu du copyleft entre contrat et propriété”, *op. cit.* La autora se refiere a un “nuevo fenómeno contractual”. Se emplea aquí la técnica de la licencia, propia de la concesión de autorizaciones en masa, y sus términos son establecidos unilateralmente, a la imagen de un contrato de adhesión.

<sup>181</sup> El preámbulo de la licencia GNU dice así: “*When we speak of free software, we are referring to freedom, not price*”.



libre de poner sus obras gratuitamente a disposición del público, a reserva de los derechos de los eventuales co-autores y de aquellos de terceros, así como dentro del respeto de los convenios que ha celebrado” Esta disposición, percibida como redundante o innecesaria por la doctrina<sup>182</sup> regula la relación entre el autor y el público, mientras que el art. L. 122-7 CPI se refiere a la relación entre el autor y los cesionarios de sus derechos.

En definitiva, a pesar de que las licencias libres han tratado de presentarse como una alternativa al derecho de autor, no son otra cosa que una modalidad de ejercicio del derecho exclusivo. El cambio es más bien de orden sociológico que jurídico, y procede del triunfo de las reivindicaciones consumistas: este tipo de licencias se configuran como el modo “políticamente correcto” de ejercer el derecho de autor.

**94.** Por otra parte, esta corriente en favor del acceso abierto y gratuito a las obras en Internet, ha tenido una manifestación particular en el ámbito de las publicaciones científicas<sup>183</sup>. El movimiento del *open access* parte de una crítica al elevado coste que supone acceder a este tipo de publicaciones a pesar de que, en muchas ocasiones, la investigación se financia con dinero público. Sus principios básicos giran en torno a la difusión libre y gratuita por la vía digital de los trabajos científicos con el fin de compartir el conocimiento y promover la investigación y el avance científico<sup>184</sup>. Surge así el planteamiento de si el *open access* ha de consistir en una iniciativa del autor o, por el contrario, en un deber legal.

En este sentido, Francia se ha decantado por un sistema de *open access* de tipo voluntario. El artículo L. 533-4 Code de la Recherche<sup>185</sup> establece, en este sentido, que cuando un escrito científico que haya sido fruto de una actividad de investigación financiada, al menos en su mitad, por fondos públicos, y sea publicado en una revista de periodicidad como mínimo anual, su autor dispone, incluso después de haber acordado

---

<sup>182</sup> M. VIVANT, “La pratique de la gratuité en droit d’auteur”, *RLDI* mai 2010, n° 1993, p. 59, n° 1; CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3ª ed., n° 298 ; J. HUET, “La mise à disposition gratuite sur les réseaux numériques (ou l’inconsistance d’un certain article L. 122-7-1 du Code de la Propriété intellectuelle)”, in *Droit et techniques – Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, LexisNexis, 2007, p. 239.

<sup>183</sup> C. BERNAULT, *Open access et droit d’auteur*, Larcier, Bruselas, 2016.

<sup>184</sup> Los métodos más comunes para proporcionar un acceso abierto a las publicaciones científicas por medio de Internet son dos: la “vía verde” consiste en el archivo de la publicación en un repositorio de acceso abierto; mientras que la “vía dorada” consiste en la publicación en revistas de acceso abierto (*open access journals*).

<sup>185</sup> Artículo introducido por la Ley n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une République numérique*.

la cesión de derechos exclusivos a un editor , del derecho de poner a disposición gratuitamente en abierto, por vía digital, la versión final de su manuscrito aceptado para publicación. Para ello, la ley establece un período de carencia (*embargo*) una vez transcurrido el cual el autor puede poner a disposición su publicación en *open access*. Dicho plazo será de seis meses como máximo en el caso de las ciencias, la técnica y la medicina; y de doce meses en el ámbito de las ciencias sociales y humanas. La versión puesta a disposición no podrá ser objeto de explotación en el marco de una actividad de edición de carácter comercial.

El sistema francés, inspirado en el modelo alemán, se basa así en una suerte de derecho de explotación secundaria en beneficio del autor, donde la decisión difundir su obra en línea gratuitamente le corresponde íntegramente. Se contrapone así a otros sistemas como el español, donde el *open access* parte de un deber legal establecido en el artículo 37 de la Ley 14/2011 *de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*. Conforme con el artículo 37.2 LCTI, “el personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas tan pronto como resulte posible , pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación”. No obstante, el apartado 6 del mismo artículo establece que ese deber legal se entiende “sin perjuicio de los acuerdos en virtud de los cuales se hayan podido atribuir o transferir a terceros los derechos sobre las publicaciones”, además de no ser de aplicación cuando los derechos sobre los resultados de la actividad de investigación sean susceptibles de protección. De esta manera, el art. 37.6 salvaguarda las cesiones en exclusiva que pudieran haberse acordado con los autores (“sin perjuicio”). Por el contrario, si la cesión es de carácter no exclusivo , operará el deber impuesto de publicación en abierto sin ninguna cortapisa<sup>186</sup>.

## **B. La gratuidad, voluntad del legislador**

**95.** Si bien el principio sobre el que descansa el derecho de autor es ante todo el ejercicio del derecho exclusivo, se considera que éste ha de ceder en determinadas

---

<sup>186</sup> P. CÁMARA ÁGUILA, ““Open Access” y derechos de autor: titularidad y ejercicio de los derechos de autor de obras científicas”, *Revista de derecho privado*, nº 102, nov.-dic. 2018, p. 61-86, en p. 71.

situaciones en favor de otros intereses legítimos. El derecho de autor no es un derecho absoluto, sino que con el fin de proceder a un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los de los usuarios de las obras, se encuentra sometido a una serie de limitaciones las cuales, en ocasiones, autorizan el recurso a la gratuidad. Así, el derecho de autor es, en primer lugar, un derecho temporal (1). En segundo lugar, el monopolio de explotación se acompaña de una serie de excepciones (2).

### **1. Las obras en dominio público**

**96.** Una de las principales diferencias entre el derecho de propiedad intelectual y el derecho de propiedad ordinario es que el primero es perpetuo, sino temporal<sup>187</sup>. El vencimiento del plazo legal de protección determina así el paso de la obra a dominio público<sup>188</sup>. Son razones de interés general<sup>189</sup> las que han conducido al legislador a considerar que, transcurrido un cierto tiempo, el autor debe ser privado del ejercicio de sus derechos exclusivos de carácter patrimonial para dar paso a una utilización libre y colectiva de las obras<sup>190</sup>. El dominio público constituye, por tanto, un ejemplo del equilibrio interno que el derecho de autor pretende lograr entre los intereses de los herederos del autor y los intereses de la sociedad.

**97.** Esta utilización libre y colectiva se traduce también, en nuestro sistema, en una utilización gratuita, a diferencia de cuanto ocurre en los sistemas de dominio

---

<sup>187</sup> En su vertiente patrimonial, a diferencia de los derechos morales que sí tienen carácter perpetuo, por más que su ejercicio *post mortem* pueda plantear algunas dificultades que lo hagan inefectivo en la práctica.

<sup>188</sup> Nos referimos aquí a una definición estricta del dominio público entendiendo éste como el régimen en el que se encuentran las obras una vez que ha expirado el plazo legal de protección. En el caso del derecho de autor *stricto sensu*, este plazo se establece en setenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al fallecimiento del autor y se encuentra armonizado a nivel de la Unión Europea.

<sup>189</sup> I. ESPÍN, “Ópera y derechos de autor: a propósito de las ediciones críticas”, p. 98, que habla del interés general de acceso a la cultura.

<sup>190</sup> S. DUSOLLIER, “Le domaine public, garant de l’intérêt public en propriété intellectuelle”, in *L’intérêt général et l’accès à l’information en propriété intellectuelle*, Bryulant, 2008, p. 117-147, en la p. 139: “El dominio público se caracteriza por la ausencia de exclusividad. A ello conviene añadir un segundo elemento, la ausencia de rivalidad. En efecto, el dominio público se compone de elementos cuyo uso es no rival, al contrario del derecho intelectual, que instala artificialmente esta rivalidad. Las posibilidades de acceso y utilización de los bienes del dominio público son generalmente poseídas colectivamente: todo sujeto puede utilizar este recurso sin impedir su uso por parte de otros”. La doctrina califica las obras en dominio público como cosas comunes, en el sentido del art. 714 del Código Civil francés. Vid. S. CHOISY, *Le domaine public en droit d’auteur*, LexisNexis, Col. IRPI, nº 22, 2002. En el mismo sentido, C. ROGEL VIDE y E. SERRANO GÓMEZ, *Manual de Derecho de Autor*, Reus, 2008, p. 73: “... las obras en tal situación son, en potencia al menos, cosas comunes a todos, “*communis omnium*”.

público de pago<sup>191</sup>. Los consumidores consideran, con todo, que el plazo de setenta años tras la muerte del autor se encuentra inadaptado en la era de Internet, por lo que solicitan su reducción al plazo de cincuenta años *post mortem auctoris* fijado por el Convenio de Berna<sup>192</sup>.

98. Sin embargo, la crítica más frecuente por parte de los consumidores se basa en el hecho de que el paso de la obra a dominio público no supone necesariamente para ellos un coste inferior cuando desean acceder a la misma. En realidad, son aquellos que explotan las obras quienes se benefician del hecho de que la obra sea gratuita por haber pasado a dominio público, puesto que la posibilidad de que la obra pueda ser libremente utilizada implica también la de ser libremente explotada. Ello conduce a la instauración de nuevas restricciones de acceso, tan pronto como los derechos exclusivos han expirado. Un autor norteamericano ha acuñado el término de *copyfraud*<sup>193</sup> para referirse a lo que considera como falsas declaraciones de *copyrighty* que figuran en las ediciones modernas de obras que se encuentran ya en dominio público. Entre la doctrina, algunos autores consideran que esta situación se debe a que el dominio público es, por el momento, una categoría que no existe sino por defecto<sup>194</sup>, careciendo tanto de una definición positiva como de un régimen de protección. Es decir, el dominio público se configura como el revés de la protección de las obras, sin que exista una protección efectiva contra los riesgos de usurpación o reapropiación de las obras que se encuentran en esta situación. En otras palabras, mientras la obra tiene derechos vigentes, el autor puede obtener su protección ante los Tribunales contra cualquiera que la utilice sin contar con su autorización. Por el contrario, una vez que el derecho exclusivo ha expirado no existe protección alguna contra los riesgos de reapropiación. Esto permite

---

<sup>191</sup> Sobre esta cuestión, Vid. A. LATIL, “Le domaine public payant”, *RIDA* oct. 2014, n° 242, p. 5. En los sistemas de dominio público de pago, la utilización de la obra en dominio público es libre, pero exige el pago de una remuneración. Las sumas recaudadas habitualmente, revierten en los artistas actuales, destinándose así al fomento de la creación y a mejorar la protección social de los autores.

<sup>192</sup> Vid. *Rapport sur les réponses à la Consultation publique menée par la C. Européenne*, p. 27

<sup>193</sup> J. MAZZONE, “Copyfraud”, *New York University Law Review*, Vol. 81, p. 1026, 2006: “El *copyfraud* está en todas partes. Falsas declaraciones de copyright aparecen en las ediciones modernas de las obras de Shakespeare, en las partituras para piano de Beethoven, en las postales con las versiones de los nenúfares de Monet, et incluso en la Constitución de los Estados Unidos. [...]. Estas falsas declaraciones de copyright, que frecuentemente se acompañan de amenazas de persecución ante la justicia por el hecho de haber reproducido una obra sin el permiso del titular de derechos, hacen que los usuarios tengan que buscar licencias y pagar tasas para reproducir obras que son libres de uso para todo el mundo” (traducción propia).

<sup>194</sup> Acerca de la necesidad de incluir una definición positiva del concepto de dominio público: P. NOUAL, “Le domaine public à l’épreuve des revendications abusives”, *Juris art etc.* 2014, n°18, p.38; P. LESCURE, *Mission “Acte II de l’exception culturelle”. Contributionaux politiques culturelles à l’ère numérique*, Mayo de 2013, Propuesta n° 74.

la reconstitución artificial<sup>195</sup> de derechos privativos o monopolios sobre obras a las que debería poderse acceder de forma libre y gratuita, y esto es lo que algunos califican de privatización, e incluso infracción, del dominio público.

**99.** En este contexto, se trató de introducir, en el marco de la elaboración de la *Loi pour une République Numérique* en Francia, una disposición referente al “dominio común informacional” en su artículo 8. La disposición incluía, en primer lugar, una definición positiva de dicho concepto querebasaba el mero ámbito de la información o las ideas, para incluir en el mismo, de forma expresa, las obras, dibujos, modelos o bases de datos. En segundo lugar, indicaba que el régimen aplicable a estos elementos que conforman el dominio común informacional, era el de las cosas comunes del art. 714 del *Code Civil*, añadiendo una fórmula ambigua según la cual “las cosas que forman parte del dominio común informacional no pueden, como tales, ser objeto de una exclusividad, ni de una restricción del uso común a todos, distinta del ejercicio del derecho moral”.

La propuesta fue una de las que tuvo más éxito en la consulta pública en línea que precedió la presentación del proyecto de Ley. Ante el temor manifestado por parte de los titulares de derechos, un informe sobre los posibles efectos de tal disposición fue encomendado al CSPLA<sup>196</sup>. Dicho informe puso de manifiesto que la disposición no parecía poner en entredicho los casos en que existe una nueva labor creativa o inversión intelectual (por ejemplo, una obra derivada o interpretación de una obra musical). En cambio, la articulación con otros derechos vecinos (ej.: edición impresa) o el derecho de los productores de bases de datos se revelaba más problemática, y podía en la práctica suponer la prohibición de las nuevas explotaciones comerciales de las obras en dominio público. En consecuencia, la disposición fue retirada<sup>197</sup>.

**100.** Siguiendo este movimiento en favor del “*copyfraud*”, el artículo 14 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital ha introducido un nuevo artículo en virtud del cual “los Estados miembros dispondrán que, cuando haya expirado el plazo de protección de una obra de arte visual,

---

<sup>195</sup>P. NOUAL, “Le domaine public à l’épreuve des revendications abusives”, *op. cit.*

<sup>196</sup>CSPLA, *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d’un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique*, Jean Martin, 30 de octubre de 2015.

<sup>197</sup> V.-L. BENABOU, habla así de una “ambición abortada” (V.-L. BENABOU, “La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 531).

cualquier material resultante de un acto de reproducción de dicha obra no esté sujeto a derechos de autor o derechos afines, a menos que el material resultante de dicho acto de reproducción sea original en la medida en que sea una creación intelectual de su autor” . Esta disposición ha sido considerada como substancialmente inútil por la doctrina francesa, pero dotada de una carga simbólica fuerte<sup>198</sup>, ya que, en todo caso, constituye la primera vez que una Ley consagra una protección positiva del dominio público.

**101.** Sin embargo, es posible cuestionarse si realmente esta crítica a las “reapropiaciones” de obras que se encuentran en dominio público están realmente fundadas. Por mucho que una obra literaria haya caído en dominio público, ¿cómo se accederá a ella si no hay un ejemplar en circulación, y por tanto la labor de un editor detrás? Y ¿qué ocurre en los casos en que quién edita o reedita una obra realiza sobre ella una labor intelectual, como por ejemplo reconstituir partituras antiguas, en ocasiones incompletas, para que puedan ser interpretadas y conocidas hoy en día, cuando de lo contrario habrían quedado en el olvido?<sup>199</sup> Resulta en todo caso paradójico que surja hoy en día este debate tendente a impedir la explotación comercial de elementos que están en el dominio público cuando precisamente, con la llegada de Internet, varios proyectos de bibliotecas o repositorios digitales han dado un nuevo impulso a la difusión de esta categoría de obras sobre las cuales ha expirado el plazo legal de protección<sup>200</sup>.

## ***2. Las excepciones al derecho de autor***

**102.** La segunda de las limitaciones establecidas por el legislador al ejercicio del derecho exclusivo está constituida por las excepciones. Por

---

<sup>198</sup> E. TREPPOZ, “Premiers regards sur la directive droit d’auteur dans le marché numérique”, *op. cit.*, nº 3, p. 29. La situación no es, sin embargo, la misma en aquellos ordenamientos jurídicos como el español que establecen una distinción entre la “obra fotográfica” (dotada de originalidad) y la “mera fotografía” (carente de originalidad). La segunda es objeto de una protección menor (25 años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o producción) por parte del art. 128 TRLPI.

<sup>199</sup> En España destaca una polémica reciente con respecto a una serie de partituras de zarzuela que han sido editadas por un musicólogo miembro del ICCMU.

<sup>200</sup> Estas difusiones conllevan, no obstante, un coste de digitalización, que con frecuencia son financiado por el sector público junto con otros patrocinadores privados. Existen también importantes repositorios que se nutren de contribuciones de tipo voluntario de obras en dominio público (así, la plataforma de partituras IMSLP).

“excepciones”<sup>201</sup> entendemos aquellas situaciones en las cuales el ejercicio del derecho exclusivo se encuentra paralizado en beneficio de un interés que se considera superior. Es decir, se trata de actos que jurídicamente cumplen todas las condiciones para su inclusión dentro del monopolio de explotación, pero por razones excepcionales, éste cede para favorecer otros intereses. Las excepciones representan, por tanto, un punto de equilibrio interno en la materia, y responden a consideraciones de tipo variado. Muchas de ellas persiguen una conciliación del derecho de autor con otros derechos fundamentales como pueden ser el respecto de la vida privada, el derecho a la cultura, el derecho a la educación, las libertades de expresión e información, etc.

**103.** Los casos en que el derecho exclusivo cede frente a otros intereses por voluntad del legislador se entienden, no obstante, como casos especiales. La excepción supone, en consecuencia, una auténtica derogación a la regla general. Ello concuerda con la definición extensiva del monopolio de explotación: la protección es acordada de forma generosa al autor, y los casos en que éste se ve despojado de su derecho se conciben como casos excepcionales. El resultado es la adopción de un sistema de tipo cerrado, basado en una lista limitativa o cerrada de excepciones, que además son de interpretación estricta. Dicha lista se encuentra establecida por el legislador europeo en la Directiva 29/2001/CE. Todas ellas son de transposición facultativa, salvo la excepción relativa a los actos de reproducción transitoria, que es de carácter obligatorio (art. 5.1 de la Directiva). El elenco de excepciones obligatorias se ha visto, sin embargo, ampliado recientemente en los artículos 3 a 6 la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*. Adquieren así un carácter obligatorio, contrastando con la tendencia existente hasta el momento, las excepciones relativas a las actividades de *text and data mining*, la utilización de obras y prestaciones protegidas en

---

<sup>201</sup> A pesar de que en el Derecho español es más común hablar de “límites” utilizaremos con más frecuencia a lo largo de este trabajo el término de “excepciones” y ello por dos razones. En primer lugar, porque el concepto es más acorde con su significado: el ejercicio del derecho exclusivo es el principio, y sólo por “excepción”, cede para favorecer otros intereses distintos a los del autor. En segundo lugar, porque el término “límite” podría confundirse con lo que la doctrina francesa designa como “*limites internes*” para referirse a las fronteras naturales del derecho patrimonial, es decir, los supuestos que, por definición éste no cubre. En este sentido, el principio de exclusión de las ideas del ámbito de la protección, así como la duración limitada del monopolio de explotación deben ser vistas como límites naturales o internos del derecho de autor, y no como principios a la regla de la exclusividad. Por otra parte, la doctrina francesa habla también de límites externos (“*limites externes*”) para hacer referencia a normas que tienen un ámbito de aplicación más amplio que el derecho de autor, como es el derecho de la competencia, y que pueden, en determinadas ocasiones, funcionar como límites a la protección del derecho exclusivo. Sobre estas cuestiones, *vid.* A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5º ed., nº 348 (sobre la distinción entre las excepciones y los límites internos al derecho de autor) y nº 361 y s. (acerca de los límites externos al derecho de autor).

actividades pedagógicas y transfronterizas; y la excepción prevista para la conservación del patrimonio cultural<sup>202</sup>.

**104.** El dispositivo se completa con la llamada “regla de los tres pasos”, una cláusula de cierre establecida que exige que éstas no entren en conflicto con la explotación normal de la obra ni perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular de derechos<sup>203</sup>. La regla de los tres pasos actúa, así, como garante del principio de interpretación estricta de las excepciones, impidiendo, en definitiva, que la aplicación de una determinada excepción pudiera, en determinadas circunstancias degenerar en un desequilibrio particularmente grave para los intereses de los titulares de derechos.

**105.** Para los usuarios de las obras las excepciones suponen una serie de espacios de libertad, en los que el objeto sobre el que recae la protección puede ser usado de forma legítima, sin necesidad de contar con la autorización del derecho de autor. Esta libertad de uso suele otorgarse también a título gratuito. No obstante, la gratuidad no es una condición inherente a la categoría de las excepciones. En este sentido, algunas de ellas llevan aparejada la obligación de que el titular de derechos perciba una compensación a cambio.

**106.** Libertad y, con frecuencia gratuidad, hacen que las pretensiones de los consumidores cristalicen en un intento de ampliar el alcance de las excepciones existentes o la adopción de otras nuevas. Una situación que podemos definir como la reivindicación de un “derecho a las excepciones”. De entrada, los consumidores critican la rigidez del sistema de tipo cerrado, que habría quedado obsoleto en el entorno digital. Abogan así por la instauración de una cláusula de tipo abierto, a imagen de cuanto ocurre en los sistemas de *fair use*, entendiendo que ello dotaría al mecanismo de excepciones de mayor flexibilidad, en un entorno en el que los usos de las obras se encuentran en constante evolución. Las tentativas de introducir indirectamente una lógica de *fair use*, se multiplican, no sólo mediante la invocación de los derechos fundamentales a la que ya hemos hecho referencia, sino también en base a una

---

<sup>202</sup> Artículos 3 a 6 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital.

<sup>203</sup> Artículo 40 del TRPLI y L. 122-5 de CPI.



aplicación errónea de la “regla de los tres pasos” y que ha podido ser defendida por algún sector doctrinal<sup>204</sup>.

Ésta última, si bien contiene una formulación que recuerda a las cláusulas de *fair use*, tiene en nuestro sistema un valor diferente, pues se entiende como una cláusula de salvaguarda, por tanto, constituye un complemento del principio de interpretación estricta de las excepciones. En consecuencia, no ha de servir como pauta para que el Juez cree otras nuevas. No obstante, una nueva ideología se propaga según la cual aquellos usos que tengan poca incidencia en los intereses morales o patrimoniales del autor, o incluso, que le supongan un beneficio, deberían ser automáticamente considerados como lícitos, aunque entren dentro de la definición del derecho exclusivo y no exista una excepción al respecto<sup>205</sup>. Esto supone considerar que la autorización del autor sólo sería necesaria cuando la utilización de la obra comporte un perjuicio injustificado a la explotación de la obra o a los intereses legítimos del autor<sup>206</sup>. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo<sup>207</sup> español, interpretando la regla de los tres pasos como una traducción en derecho de autor *delius usus inocui*<sup>208</sup>, y por ello,

---

<sup>204</sup> M. SENFTLEBEN, “Ni flexibilité ni sécurité juridique. Les exceptions au regard du triple test”, in A. LUCAS, P. SIRINELLI y A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d’auteur. État des lieux et perspectives dans l’Union européenne*, Dalloz, 2012, p. 63-71. *Vid.* asimismo la *Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en el Derecho de Autor*, firmada por un grupo de prestigiosos estudiosos europeos de la propiedad intelectual, encabezados por Christophe Geiger y Reto M. Hilty (Max Planck Institut), Jonathan Griffiths y Uma Suthersanen (Queen Mary University). Para una crítica de esta Declaración, *vid.* P. CÁMARA ÁGUILA y A. LUCAS, “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o por qué hay que evitar la imprecisión: un estudio sobre la “Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en derecho de autor””, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 33 (septiembre-diciembre 2009), p. 13-37.

<sup>205</sup> La idea es sobre todo vehiculada por los gigantes de Internet. Google justifica así la legalidad de algunos de sus servicios como el motor de búsqueda o el servicio *Google News* alegando que en realidad genera audiencia a los autores de los sitios web indexados o enlazados.

<sup>206</sup> S. CARRE y G. VERCKEN, *Mélanges en l’honneur d’André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 127-128: “¿El derecho de autor se resumiría entonces a una regla de los dos pasos? Toda explotación que no entre en conflicto con la explotación normal de la obra y no cree un perjuicio injustificado al autor debería ser posible sin autorización” (traducción propia).

<sup>207</sup> STS de 3 de abril de 2012, *Megakini y Google*: R. BERCOVITZ, “Reproducción de página de Internet por el buscador Google. Comentario a la STS de 3 de abril de 2012”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* nº 90, p. 223.

<sup>208</sup> El propio TS advierte, no obstante, de la posibilidad de considerar esta decisión como una solución *ad hoc*, dadas las particularidades del caso. Por un lado, es cierto que en sí la conducta de Google no perjudicaba como tal al demandante, sino que, por el contrario, favorecía la explotación de su página web de apuestas, al facilitar el acceso a su página web y al conocimiento de su contenido. A mayor abundamiento, ésta última llevaba inactiva desde el año 2006. Por otro lado, la pretensión del demandante no se limitaba a pedir que Google retirase la copia caché o de los fragmentos que figuraban en los resultados de búsqueda, sino que pedía el cese de la totalidad de las actividades de Google. Pero a nuestro juicio hubiera sido más acertado resolver el caso en base únicamente a la prohibición del abuso de derecho (por cuanto la pretensión del demandante estaba claramente dirigida a perjudicar al demandado, sin obtener provecho alguno, e incluso sufriendo la consecuencia negativa de una menor difusión de su

como un principio general del Derecho que le permitiría al Juez colmar las lagunas legales o ampliar las excepciones al derecho de autor en tanto en cuanto entienda que un determinado uso no perjudique a la explotación normal de la obra o a los intereses legítimos del autor. Se trata de una interpretación desnaturalizada o desenfocada de la regla de los tres pasos<sup>209</sup> que además ignora la existencia del primero de ellos, como es el hecho de que la regla ha de aplicarse a las excepciones previstas en la Ley<sup>210</sup>. Esta interpretación es contraria a la Directiva de 2001. Así lo ha confirmado el propio TJUE en otro asunto en el que ha rechazado la propuesta de cambiar el sentido de la “regla de los tres pasos” con el fin de consagrar una suerte de *fair use* europeo<sup>211</sup>.

**107.** Fuera de estos supuestos en los que el Juez se atribuye un poder creador de las excepciones, la tendencia a ampliar estos espacios se observa también en la actividad del legislador. En este sentido, la lista limitativa de excepciones establecida en la Directiva de 2001 supone que sólo el legislador europeo tiene capacidad para introducir nuevas excepciones. Éste se ha mantenido bastante inactivo desde la elaboración de la Directiva de 2001, hasta la reciente adopción de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*<sup>212</sup>. Ante esta pasividad del legislador europeo, algunos legisladores nacionales han comenzado a precipitarse para crear nuevas excepciones, yendo así en contra de uno de los principios más elementales del derecho de autor de la Unión Europea. Así, el legislador español introdujo, en el año 2014 una nueva excepción para los usos de las publicaciones de prensa efectuados por

---

página web), y no hacer una interpretación de la regla de los tres pasos que no es la que tiene en nuestro sistema jurídico.

<sup>209</sup> P. CÁMARA ÁGUILA, “L’application du test des trois étapes par le Tribunal Supremo espagnol: l’affaire Google”, in *Mélanges en l’honneur d’André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 104.

<sup>210</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 172/2012, de 3 abril de 2012”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* nº 90/2012, parte Sentencias, BIB 2012/2982.

<sup>211</sup> STJUE (Sala Cuarta) de 10 de abril de 2014, nº C-435/12, *ACI Adam y Stichting de ThuisKopie*, D. 2014. 926; *ibid.* p. 2078, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2014, p. 603, obs. F. Pollaud-Dulian.; *Prop. intell. juill.* 2014, p. 276, obs. A. Lucas.

<sup>212</sup> Con la salvedad de la introducción de la excepción relativa a la explotación de las obras huérfanas, introducida en 2012 por medio de una Directiva independiente a la Directiva 2001/29/CE. La Directiva de obras huérfanas introduce un mecanismo original en materia de excepciones por cuanto la excepción se aplica únicamente en tanto en cuanto la obra siga revistiendo la condición de huérfana, y supone el retorno al derecho exclusivo si finalmente el autor o titular de derechos reaparece. En esta lógica se basó también la Ley sobre libros indisponibles en Francia, recientemente invalidada por el TJUE (STJUE de 10 de noviembre de 2016). La lógica de *opt-out* como nuevo modo de ejercicio del derecho exclusivo se impuso *de facto* a raíz de la Directiva de Comercio Electrónico, mediante el reconocimiento del régimen de responsabilidad atenuada de los alojadores de contenido, que obliga a los titulares de derechos a notificar su deseo de que el contenido sea retirado de la puesta en línea, y por tanto supone un ejercicio del derecho exclusivo *a posteriori*.

los agregadores de noticias de actualidad en el artículo 32.2 TRPLI<sup>213</sup>. Por su parte, el legislador francés reconoció una nueva excepción de *text and data mining*, en el artículo Art. L. 122-5, 10° CPI por medio de la *Loi pour une République numérique* de 2016. Se aprecia asimismo una tendencia por parte de los legisladores nacionales por transponer excepciones de la lista europea que en un principio habían optado por no transponer<sup>214</sup>.

**108.** En definitiva, todo cuanto se ha afirmado resume la tendencia a ampliar los espacios de libertad (y de gratuidad) existentes en el derecho de autor. Existe de hecho la creencia de que las excepciones crean auténticos derechos subjetivos en favor de sus beneficiarios<sup>215</sup>, algo que la Corte de Casación francesa ha rechazado expresamente en su Sentencia *Mulholland Drive* la Corte de Casación francesa<sup>216</sup>. Sin embargo, la Directiva 2019/790 ha abierto la vía hacia el reconocimiento de nuevas excepciones de orden público, esto es, que no pueden ser derogadas por medio del contrato<sup>217</sup>, una situación que hace que, cada vez más, las excepciones al derecho de autor se aparten al reconocimiento de derechos subjetivos en favor de los usuarios. Esta reivindicación de más y más amplios espacios de gratuidad llega, en ocasiones, a trastocar algunos de los principios básicos del derecho de autor.

## § 2. La gratuidad contraria a la lógica del derecho de autor

**109.** Lo que aquí entendemos por la “lógica del derecho de autor” se apoya en dos pilares básicos. El primero de ellos supone el respeto del derecho exclusivo, que consiste en el poder del autor para decidir acerca de la explotación de su obra. El segundo de ellos se basa en el equilibrio interno que la disciplina pretende realizar entre los intereses de todos los intervinientes en el proceso de creación, difusión y recepción de las obras, equilibrio que pasa por la necesaria limitación del monopolio de

---

<sup>213</sup> *Vid. infra* n° 404 y s.

<sup>214</sup> Por medio de la *Loi Création* fue transpuesta en el art. L. 122-5, 11° del CPI francés la excepción de panorama, si bien enmarcada dentro de unos parámetros muy restrictivos.

<sup>215</sup> Es cierto que algunas excepciones son designadas erróneamente como “derechos”, como ocurre con el derecho de cita, o como “libertades”, como ocurre con la libertad de panorama. En un sentido similar, y con el propósito de realizar una interpretación bastante extensiva de la excepción relativa a determinados actos de consulta realizados por las bibliotecas, el TJUE se ha referido al “derecho a beneficiarse de una limitación” (STJUE (Sala Cuarta) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-117/13, *Technische Universität Darmstadt y Eugen Ulmer KG*).

<sup>216</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, de 28 de febrero de 2006, n° 05-15.824: *D.* 2006, p. 784, obs. J. Daleau; *ibid.* p. 2991, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2006. 370, obs. F. Pollaud-Dulian; *ibid.* p. 386, chron. P. Gaudrat: en ella, la Corte de Casación ha afirmado que las excepciones no crean derechos subjetivos en beneficio del público, sino que constituyen únicamente medios de defensa.

<sup>217</sup> *Vid. infra* n° 285

explotación en determinadas situaciones. Ocurre que, en aras de respetar dicho equilibrio, algunas excepciones deben llevar aparejada la posibilidad de percibir una compensación<sup>218</sup>. Dicho de otro modo, la falta de una compensación de tipo económico generaría una situación de desequilibrio en detrimento del titular de derechos.

**110.** Sin embargo, la escasa o nula predisposición por parte de los consumidores a pagar por los usos de las obras se hace también sentir en este ámbito. Las críticas tendentes a la abolición de la compensación de las excepciones son patentes<sup>219</sup>. De entre ellas destaca la compensación por copia privada, por provocar un supuesto encarecimiento de los soportes susceptibles de ser empleados para la realización de copias privadas<sup>220</sup>. En consecuencia, el sistema de copia privada ha sido profundamente puesto en entredicho y dos tendencias se han dibujado en las evoluciones recientes del derecho de autor. La primera ha consistido en un intento de supresión de la compensación asociada a esta excepción (A), mientras que la segunda se materializa en la dificultad que existe a la hora de incluir los nuevos soportes intangibles en el ámbito de la remuneración (B).

#### **A. Los intentos de consagrar sistemas de copia privada gratuita o cuasi-gratuita**

---

<sup>218</sup> El TJUE utiliza el término “compensación” y no de remuneración. La compensación ha de ser, además, equitativa, lo cual subraya su función de servir como correctivo de una situación de desequilibrio. En este sentido, el TJUE especifica en su Sentencia *Padawan*, que la compensación equitativa, así como su régimen y su cuantía, deben estar vinculados al perjuicio causado a los titulares de derechos por la realización de copias privadas (C-467/08, apartados 40 y 42).

<sup>219</sup> Salvo la extensión del mecanismo de copia privada – que supone la paralización del derecho exclusivo – para crear una macro-excepción que permita acceder a la totalidad del repertorio a un precio fijo simbólico, concebido como un suplemento a las tarifas de acceso a Internet. El mecanismo de la licencia global fue muy debatido en Francia durante la elaboración de la Ley DADVSI de transposición de la Directiva 2001/29/CE, pero finalmente no prosperó.

<sup>220</sup> La mayoría de los sistemas de copia privada se basan en la percepción, por las entidades legitimadas para proceder a la recaudación, de un porcentaje sobre el precio de venta al público de los soportes y equipos que permiten la realización de copias privadas. El sistema descansa en la idoneidad del soporte o equipo, lo cual comporta una lógica de “mutualización”. La compensación es, por tanto, debida independientemente de que su adquirente emplee o no los soportes o equipos adquiridos para la realización de dichas copias, lo que hace que sea percibido como injusto. Una excepción a esta regla ha sido introducida por el TJUE para excluir del sistema de compensación los soportes adquiridos con fines profesionales (STJUE *Padawan*). En realidad, no son los consumidores los deudores reales de la compensación equitativa por copia privada, sino los importadores y distribuidores de los aparatos y soportes de almacenamiento. Sin embargo, y dado que éstos repercuten la cuantía en el precio final de venta al consumidor, hace que sean éstos quienes finalmente deban soportar su coste.

111. España constituye un buen ejemplo de los países del entorno de la Unión Europea en donde la cuestión del pago de la compensación por copia privada ha resultado especialmente polémica<sup>221</sup>. La copia privada ha sido objeto un intenso debate, invadiendo incluso la esfera política y, en este sentido, la modificación del régimen de compensación equitativa por copia privada fue una de las primeras medidas adoptadas tras el cambio de gobierno operado a finales del año 2011. El Real Decreto 20/2011 de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público<sup>222</sup>, en su disposición adicional undécima, ordenó así la supresión de la compensación equitativa por copia privada prevista en el art. 25 TRLPI, y su sustitución por un procedimiento de pago con cargo a los Presupuestos Generales del Estado que el Gobierno debería establecer reglamentariamente. El sistema mantenía ciertamente la compensación por copia privada, pero ésta se transformaba en una suerte de servicio público<sup>223</sup>, ciertamente sufragado por la totalidad de los contribuyentes, pero que desde el punto de vista del consumidor tenía la apariencia de gratuita<sup>224</sup>.

Con todo, la consecuencia lógica de la modificación del sistema fue una reducción drástica de la cantidad percibida por las entidades de gestión en concepto de

---

<sup>221</sup> Una gran parte de los problemas planteados ante los tribunales en relación con la copia privada tenían su origen en el sistema de determinación de la compensación instaurado en España por la Ley 23/2006. En el artículo 25.6 TRLPI se establecía un procedimiento de negociación entre las entidades de gestión encargadas de su recaudación y las asociaciones representativas de los deudores. Fracasada la negociación, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio dictaron una Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establecía la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada. La aplicación de la orden produjo un intenso rechazo social. Este sistema estuvo muy condicionado en su funcionamiento práctico por una serie de conflictos judiciales por la negativa a pagar la compensación o como consecuencia de la reclamación de su devolución. Estos hechos provocaron la súbita desaparición de tal compensación mediante el Real Decreto 20/2011 de 30 de diciembre. Sobre esta cuestión *vid.* I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Régimen jurídico del “canon digital” en España : cuestiones litigiosas tras la declaración de nulidad de la orden PRE /1743/2008 e impacto del concepto autónomo de compensación equitativa desarrollado por la jurisprudencia del TJUE”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 54 (septiembre-diciembre 2016), p. 13-65.

<sup>222</sup> BOE nº 315, de 31 de diciembre de 2011, p. 146574.

<sup>223</sup> J. AVILÉS GARCÍA, “La socialización de la compensación equitativa por copia privada: ¿un desatino inconstitucional?”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 51 (septiembre-diciembre 2015)

<sup>224</sup> Con ello los comerciantes de los soportes o del equipamiento necesarios para realizar las copias privadas quedaban obligados a suprimir del desglose de precios, la partida destinada al pago de la compensación. La realidad era, sin embargo, más compleja, ya que tampoco se apreció una disminución del precio de adquisición de los soportes o equipos aptos para realizar copias privadas. En consecuencia, los verdaderos beneficiarios de esta medida fueron finalmente los importadores o distribuidores de tales soportes o equipos, al ser éstos los que quedaban finalmente exonerados de revertir una parte del precio de venta a las entidades de gestión en concepto de compensación por copia privada. Es posible apreciar aquí un ejemplo más de la instrumentalización de los intereses de los consumidores para, en definitiva, satisfacer intereses empresariales.

remuneración por copia privada<sup>225</sup>. Con el fin de tratar de justificar el funcionamiento del nuevo sistema, la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual operada en 2014<sup>226</sup> redujo considerablemente el ámbito de la copia privada<sup>227</sup> restringiendo drásticamente las condiciones de su aplicación. La nueva redacción del artículo 31.2.b) especificaba, por primera vez, las condiciones en las que había de entenderse que existía una “fuente lícita”, y que consistían en la adquisición de un soporte en propiedad por compraventa mercantil, o bien en la existencia de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada. En definitiva, el nuevo régimen de copia privada trataba de excluir del ámbito de la excepción algunos de los supuestos que mayor perjuicio al autor podían causar al autor, como son los actos de reproducción de libros prestados por una biblioteca universitaria, a pesar de que en estos casos el acceso a la obra había sido lícito.

**112.** Lejos de constituir un supuesto aislado, esta reforma del régimen de compensación por copia privada en España intervino de forma casi concomitante a la instauración, en Reino Unido de un sistema de copia privada completamente gratuita, esto es, sin prever ningún sistema de compensación<sup>228</sup>, en octubre de 2014. Para justificar la gratuidad de la copia privada, el ámbito de aplicación de tal excepción quedaba limitado a los casos de *format shifting*<sup>229</sup>, considerando que esta situación podría quedar amparada por lo dispuesto en el considerando nº 35 *in fine* de la Directiva 2001/29/CE. El mismo establece que determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no darán origen a una obligación de pago.

---

<sup>225</sup> S. LÓPEZ MAZA, “Réquiem por la compensación equitativa por copia privada : comentario al RD 1657/2012, de 7 de diciembre”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual* nº 44 (mayo-agosto 2013), p. 39-89, especialmente en lap. 51.

<sup>226</sup> Ley 21/2014, de 4 de noviembre, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.

<sup>227</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La copia privada” in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch reformas, 2015, p. 61-87, en p. 73 y s.

<sup>228</sup> Hasta entonces en Reino Unido, la copia privada era supuestamente ilegal, salvo los supuestos en pudiera quedar comprendida en la cláusula de *fair dealing*.

<sup>229</sup> Por ejemplo, la digitalización de un CD que el usuario tenía en propiedad, y su conversión en formato MP3.

113. Ambos sistemas, que presentan ciertas similitudes, han resultado invalidados: Así, la *Hight Court of Justice* del Reino Unido<sup>230</sup>, consideró que el dispositivo de copia privada gratuito era conforme al Derecho de la Unión Europea, y que no era necesario plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. Tras esta decisión, el legislador, en lugar de instaurar un mecanismo de compensación, optó por suprimir la excepción de copia privada y volver al viejo sistema de *fair dealing*.

En España, la modificación del régimen de compensación por copia privada dio lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, por parte de varias entidades de gestión. Las mismas alegaban que el sistema era contrario al derecho de la Unión por dos motivos: en primer lugar, porque la Directiva de 2001 establece que la copia privada sólo puede ser realizada por personas físicas, y en consecuencia son sólo éstas las que ocasionan el perjuicio y las que deben pagar la compensación. En segundo lugar, la incompatibilidad con el Derecho de la Unión derivaba del hecho de que no se puede garantizar que el sistema sea “equitativo”. Para dar una respuesta, el TJUE construye su razonamiento en base a la Sentencia *Padawan*<sup>231</sup> de 21 de octubre de 2010. En la misma, el TJUE había establecido que la compensación ha de ser soportada por quienes realizan copias privadas. En consecuencia, había excluido de la obligación del pago de dicha compensación a quienes adquieren el equipamiento para uso profesional, pues se presume que el mismo no va a ser empleado para la realización de copias privadas. En el caso que ahora nos ocupa, el hecho de someter la cuantía de la remuneración a una partida de los Presupuestos Generales del Estado, no garantizaba que fueran deudores de la remuneración quienes efectivamente podrían realizar copias privadas ya que, en definitiva, pagaban todos los contribuyentes. En consecuencia, el TJUE concluyó afirmando que el sistema era contrario al Derecho de la Unión. Por medio de la Sentencia de 10 de noviembre de 2016<sup>232</sup>, el Tribunal Supremo declaró nulo el Real Decreto 1657/2012 por el que se regulaba el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, quedando el Gobierno español obligado a proceder a la regulación urgente de un nuevo sistema que resultase conforme con la jurisprudencia europea y nacional.

---

<sup>230</sup> *Hight Court of Justice*, Caso No. CO/5444/2014, de 17 de julio de 2015.

<sup>231</sup> STJUE (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010, C- 467/08, *Padawan, S.L.*, y *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*.

<sup>232</sup> STS, Sala Tercera (Secc. 4ª), de 10 de noviembre de 2016, nº 2394/2016.

**114.** Por medio del Real Decreto-ley 12/2017 de 3 de julio se restableció un modelo basado en el pago de un importe a satisfacer por los fabricantes y distribuidores de equipos y soportes de reproducción, acompañado de un mecanismo de excepciones y reembolsos para las personas jurídicas que justifiquen el destino profesional de los equipos y soportes adquiridos, así como para las entidades del Sector Público. Asimismo, la definición tan restrictiva de la noción de “fuente lícita” establecida por medio de la Ley 21/2014 fue suprimida quedando la letra b) del artículo 31.2 TRLPI redactada de la siguiente manera: “Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación”.

### **B. La gratuidad de las copias realizadas por medio de los sistemas de computación en la nube**

**115.** El término *cloud computing* (o “computación en la nube”) “reúne un conjunto de técnicas y de prácticas consistentes en acceder, a través de las redes digitales, a materiales, datos, obras o programas de ordenador albergados por un proveedor de servicios y no por el usuario”<sup>233</sup>. De entre sus funciones, destaca aquella según la cual el *cloud* proporciona al usuario un espacio de almacenamiento privado en línea de archivos en formato digital, los cuales pueden contener obras protegidas por un derecho de Propiedad Intelectual (música, vídeos, programas de ordenador, libros, etc.).

**116.** En su función más elemental, conocida con el nombre de *personal locker*, el *cloud* permite al usuario realizar una copia de un archivo que quedará almacenada en un servidor situado a distancia, con el fin de que pueda acceder ulteriormente a la misma en línea a través de su espacio personal. Dicho acceso le permitirá igualmente realizar una descarga descendente del archivo para obtener copias o reproducciones adicionales en otros terminales.

---

<sup>233</sup>P. SIRINELLI, “Un marché dans les nuages: le “cloud computing””, in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Actes du Colloque organisé par l’IRPI (Paris, 28 novembre 2012), LexisNexis, Coll. de l’IRPI, vol. 43, p.69-86, p. 69. Desde el punto de vista de una definición amplia, el *cloud computing* hace referencia a todo sistema por el cual un usuario dispone de un acceso a una obra almacenada en un soporte del cual no posee el dominio físico. Desde esta perspectiva, los servicios de *streaming* entran dentro de la definición de *cloud computing*. En cambio, una visión restrictiva el *cloud* sólo se referiría a los servicios que permiten al usuario almacenar a distancia un contenido propio, para poder con ello utilizarlo.



La tecnología del *cloud computing* comprende también otros servicios más sofisticados como son el servicio *scan and match* o los servicios de sincronización. En el primero de ellos, el servicio escanea un archivo del usuario y, en caso de encontrar el equivalente en su base de datos previamente constituida, proporciona al cliente un acceso en línea al mismo<sup>234</sup>. Los servicios de sincronización, en cambio, suelen estar vinculados a un servicio de venta en línea, y su actividad consiste en proporcionar al cliente copias adicionales para poder instalarlas en diversos terminales. La tecnología del *cloud computing* ha sido igualmente empleada por servicios de radio y de televisión que proporcionan un espacio en línea en el que el usuario puede ordenar la grabación de los programas emitidos para acceder a los mismos en un momento ulterior (NPVR o *network personal video recorder*).

**117.** En todos estos supuestos, el *cloud* constituye el equivalente funcional de los soportes que permiten la realización de copias para uso privado, con la diferencia de que, en el caso de la nube, el soporte de grabación o almacenamiento es de carácter inmaterial o intangible, al menos desde la perspectiva del usuario<sup>235</sup>. La existencia de uno o varios actos de reproducción por medio de la tecnología de *cloud computing* es, por tanto, evidente. Se plantea, pues, la cuestión de determinar si las copias resultantes entran dentro del campo de la excepción por copia privada (en cuyo caso estarán sometidas al régimen compensatorio) o bien, si ponen en marcha el derecho exclusivo de reproducción (en cuyo caso precisa la autorización de los titulares de derechos). Los diversos actos de reproducción que tienen lugar en la nube presentan una serie de complicaciones técnicas que dificultan su calificación jurídica. Así lo pone de manifiesto la falta de posición unánime entre los miembros del CSPLA en su informe presentado en 2012<sup>236</sup>. La solución podría incluso diferir según las particularidades de cada servicio basado en las técnicas de computación en la nube<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> En caso de no encontrar equivalente, el servicio *scan and match* realiza una copia del archivo aportado por el usuario, funcionando entonces como el servicio de *personal locker* anteriormente descrito.

<sup>235</sup> El soporte material existe al fin y al cabo, pero se sitúa a distancia y pertenece al proveedor del servicio de *cloud computing*.

<sup>236</sup> *Rapport de la Commission spécialisée "Informatique dans les nuages"*, CSPLA, 2012.

<sup>237</sup> Por ejemplo, algunos servicios de *scan and match* proporcionan una copia de calidad superior a la del ejemplar aportado por el usuario, circunstancia que, en nuestra opinión, debería excluir de lleno la aplicación del límite de copia privada. Por otra parte, en los servicios de sincronización, el número de terminales y las condiciones en que se permite la copia se encuentran, normalmente, regulados por contrato. Se trata en realidad de una copia "licenciada", cuya consideración como auténtica copia "privada" es también controvertida (*Vid.* sobre esta última cuestión *infra* nº 256 y s.).

**118.** Centrándonos aquí únicamente en el uso más elemental del *cloud computing*, como *personal locker*, la aplicación del sistema de copia privada plantea las siguientes dificultades. De entrada, existen dos actos de copia distintos: una descarga ascendente del archivo para su almacenamiento o consulta en línea<sup>238</sup>, y una descarga descendente que permite la obtención de una copia en un soporte o terminal de lectura diferente. A pesar de la similitud funcional de estas copias con aquellas que el usuario almacena en un disco duro convencional o cualquier otro soporte de memoria<sup>239</sup>, su realización requiere ineludiblemente la intervención del proveedor de servicios de *cloud computing*. En consecuencia, la dificultad reside en determinar si la copia es realizada por el usuario, o bien por el proveedor del servicio. El CPI francés exige que las copias estén “estrictamente reservadas al uso privado del copista y no destinadas a una utilización colectiva”, condición que ha sido interpretada como una exigencia de identidad entre copista y el usuario. Por su parte, tanto el Derecho de la Unión Europea, como el Derecho español, exigen que el copista sea una persona física. En ambos casos, resulta difícil determinar qué ha de entenderse por “copista”, ya que la noción carece de definición legal. En concreto, dos soluciones son posibles: considerar que el copista es aquel que ejecuta materialmente el acto de copia (copista material) o bien, considerar que merece esta condición aquel que elige la obra que desea copiar y disfruta de tal copia, aun cuando materialmente la misma haya sido realizada por un tercero (copista intelectual).

**119.** Guiada por el principio de interpretación estricta, la Corte de Casación francesa, en su sentencia *Ranou-Graphie* de 7 de marzo de 1984<sup>240</sup>, sancionó la actividad de una empresa de reprografía que ponía a disposición de sus clientes el material que permitía realizar las copias, consagrando así la tesis del copista material. En el mismo sentido se pronunció posteriormente la Corte de Apelación de París con respecto a la puesta a disposición de un servicio en línea que permitía la obtención gratuita una copia de los programas de televisión emitidos por las cadenas de TNT<sup>241</sup>. Para su defensa, la sociedad *Wizzgo* trató de justificar el funcionamiento del servicio en base a la existencia

---

<sup>238</sup> Dicha consulta en línea pondrá además en funcionamiento el derecho de reproducción provisional establecido en el art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE.

<sup>239</sup> Nos referimos aquí a soportes tales como CDs, memorias USB o discos duros, que actualmente sí se incluyen en el ámbito de la compensación por copia privada

<sup>240</sup> Cas. 1<sup>re</sup> civ., de 7 de marzo de 1984: *JCP G* 1985, II, 20351, nota Plaisant R.; *RTD com.* 1984, p. 677, obs. Françon. En el mismo sentido, con respecto a la puesta a disposición de grabadoras de CDs: CA Toulouse, 30 de marzo de 2005, *CCE* 2005, n° 10, comm. n° 155, obs. Caron Ch.

<sup>241</sup> CA Paris, 14 de diciembre de 2011, *Wizzgo y Métropole TV:RLDI* 2012/78, n° 2592, obs. L. Costes.

de dos actos de reproducción distintos cubiertos, respectivamente, por las excepciones de copia transitoria y de copia privada<sup>242</sup>. El argumento fue rechazado sucesivamente por el TGI de París<sup>243</sup>, así como por la Corte de Apelación, la cual afirma que existe un único acto de reproducción realizado por la sociedad *Wizzgo*, en calidad de copista. En consecuencia, dicha copia no tiene la consideración de copia privada, por cuanto no está destinada a su uso personal, sino al de sus clientes.

Esta tesis del copista material es la que sigue también el legislador español al exigir, entre las condiciones de la excepción de copia privada establecidas en el art. 31.2 a) TRLPI, que la misma sea realizada “sin asistencia de terceros”. Aplicado al funcionamiento del *cloud computing*, este razonamiento supone que el proveedor de servicios no puede prevalerse de la excepción de copia privada, aun cuando la copia se realice a petición y para el uso privado del usuario.

**120.** Sin embargo, decantarse por una solución en base a la cual las copias realizadas en los servicios de *personal locker* en la nube quedan sometidas al derecho exclusivo sería perjudicial para los titulares de derechos, pues se entiende que el acceso a las obras que en él se almacenan es privado y no público<sup>244</sup>, de manera que los titulares de derechos difícilmente pueden saber si sus obras están siendo o no reproducidas en la nube<sup>245</sup>. Además, dichos prestadores de servicios podrían prevalerse del régimen de responsabilidad atenuada previsto en el art. 14.1 de la Directiva 2000/31/CE. Teniendo en cuenta el uso creciente de estos espacios en la nube para almacenar obras y prestaciones protegidas sería deseable que el legislador interviniese para someter los

---

<sup>242</sup> Supuestamente, existía una primera copia encriptada, que el servicio enviaba hacia el ordenador del usuario; y una segunda, realizada por éste, descriptando la primera.

<sup>243</sup> TGI París, de 25 de noviembre de 2008, *Sté Wizzgo y Sté Métropole Télévisions et a.*; RIDA 2009, n° 219, p. 219, obs. P. Sirinelli; JCP E 2009. 1918, obs. O. Pignatari.

<sup>244</sup> Si bien existen también algunos malos usos del *cloud computing* que, de manera similar a las redes *peer-to-peer*, permiten un acceso compartido y el intercambio de archivos entre un colectivo de usuarios. El *cloud* puede funcionar como un canal de puesta a disposición ilegal de obras, normalmente destinado a una red privada entre un círculo restringido de miembros (habitualmente unos cincuenta). Estos usos del *cloud* rebasan el mero almacenamiento y suponen la realización de actos de comunicación pública, que difícilmente se acomodarían a los criterios de círculo familiar o ámbito estrictamente doméstico establecidos, respectivamente, por las legislaciones francesa y española, por más que los miembros sean conocidos o incluidos por cooptación. Ver sobre este uso del *cloud* el informe HADOPI, *Pratiques illicites de mise à disposition représentations et motivations - Rapport qualitatif* -, de noviembre de 2016.

<sup>245</sup> La situación sería diferente con respecto a los servicios de *scan and match*, sincronización y NPVR por cuanto, de entrada, todos estos supuestos dependen de la constitución previa de una base de datos o catálogo de obras por parte del servicio y que, como tal, pondrá en marcha el derecho exclusivo. Al poder controlar la copia ascendente, más fácil será predecir cuáles son las obras que va a copiar el usuario, ya que en todo caso se limitarán a las obras que compone el catálogo del servicio. Será igualmente posible determinar en qué proporción se usan tales obras.

misimos al sistema de compensación<sup>246</sup>, y más cuando el propio TJUE ha admitido que la copia privada puede ser realizada con asistencia de terceros<sup>247</sup>.

La reticencia por parte del legislador a abordar el tema se debe en gran parte al hecho de que estos servicios, al menos los más populares, son “gratuitos” para el usuario. En consecuencia, su sometimiento a la compensación equitativa por copia privada generaría una importante polémica, teniendo en cuenta la generalización del uso del *cloud*, más allá de la mera realización de copias privadas de obras protegidas<sup>248</sup>.

**121.** En Francia, la posibilidad de extender la excepción de copia privada a ciertos de servicios en la nube fue objeto de discusión en el marco de la elaboración de la *Loi Création*<sup>249</sup>. Como era de esperar, la posibilidad de incluir dentro del ámbito de la compensación los servicios de *personal locker* y de sincronización generó una fuerte oposición por parte de los representantes de los consumidores y los proveedores de servicios. En la versión definitivamente aprobada el 7 de julio de 2016<sup>250</sup> sólo los servicios de NVPR han sido incluidos en el ámbito de la compensación, por medio de un nuevo art. L. 311-4 del CPI. La copia privada sirve aquí para licitar un servicio en línea y por lo tanto, un nuevo acto de explotación de las obras, en beneficio del consumidor<sup>251</sup>, prescindiendo de la autorización del titular de derechos. La copia

---

<sup>246</sup> Apuntan a la necesidad de una intervención a nivel legislativo: Parlamento Europeo, *Rapport sur les redevances pour copie privée* (2013/2114(INI)), rapporteur: F. Castex, 17/02/2014, el cual pide, en su apartado nº 30, a la Comisión “evaluar el impacto sobre el régimen de copia privada de los servicios de informática en la nube y que ofrecen posibilidades de reproducción y de almacenaje con fines privados con el fin de determinar si y, en caso afirmativo, de qué manera dichas copias privadas de obras protegidas deberían ser tomadas en cuenta en los mecanismos de compensación”. En el mismo sentido, *Vid. Rapport d’information en conclusion des travaux sur la mission sur le bilan et les perspectives de trente ans de copie privée*, Asssemblée Nationale, nº 2978, rapporteur M. Rogement, de 15 de julio de 2015: Este informe señala que el debate permanece abierto y, dado el carácter controvertido de la cuestión, apunta la necesidad, de reunir una Comisión que reflexione sobre el tema, así como, en su caso, una intervención del legislador.

<sup>247</sup> STJUE (Sala Tercera), de 29 de noviembre de 2017, asunto C-265/16, *VCAST Limited y RTI SpA*, CCE nº 1, janvier 2018, comm., p. 1-2, obs. Ch. Caron.

<sup>248</sup> Sin que se descarte una reacción como la que ha tenido Google cerrando su servicio *Google News* en España tras la introducción, por medio de la reforma de 2014, de una excepción compensada en el art. 32.2 TRLPI.

<sup>249</sup> Enmienda nº 233, presentada ante la Asamblea Nacional el 24 de septiembre de 2015

<sup>250</sup> Ley nº 2016-925 de 7 de julio de 2016 *relative à la liberté de la création, à l’architecture et au patrimoine*.

<sup>251</sup> Esta reforma constituye un ejemplo más de la manera en que los intereses del público son instrumentalizados en favor de los intermediarios del proceso de explotación de obras. Quien en realidad se prevale del beneficio de la excepción de copia privada para amparar su actuación es el proveedor del servicio y no el usuario final, lo que precisamente las sentencias *Ranou-Grahpie* y *Wizzgo* habían querido evitar es que, bajo el pretexto de realizar una copia para que otros la destinen a un uso privado, se pueda amparar un nuevo modelo de negocios que lleva a cabo un acto de explotación de la obra sin pedir la autorización del autor.

privada se convierte, en definitiva, en una suerte de licencia legal, en un supuesto en que el derecho exclusivo podría haber sido ejercido de manera eficaz. La medida se acompaña, no obstante, de una disposición que permite a los titulares de derechos negociar las condiciones en que el servicio de NPVR podrá ser prestado, lo cual demuestra el carácter en cierta forma artificial, de la extensión de la excepción de copia privada a este supuesto<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup>La Ley indica que un convenio ha de ser concluido entre los editores de los servicios de radio y televisión y los distribuidores de un servicio de grabación en línea de los programas emitidos, añadiendo en consecuencia dos nuevos párrafos al art. L. 331-9 CPI: “Cuando un distribuidor de un servicio de radio o de televisión pone a disposición un servicio de almacenamiento mencionado en el segundo párrafo del artículo L: 311-4, un convenio concluido entre el editor de este servicio de radio o de televisión definirá de forma previa las funcionalidades de este servicio de almacenamiento”.

## Capítulo 2: El paso de un público “pasivo” a un público “activo”

**122.** El segundo de los cambios que las nuevas tecnologías han operado en la relación existente el autor y los destinatarios de sus obras viene dada por el paso de un público cuya actitud era meramente pasiva a un público “activo”. A diferencia de cuanto ocurría en los medios tradicionales de comunicación a distancia – como la radio o la televisión – los nuevos usos digitales permiten a los usuarios de la red interactuar, compartiendo, creando, editando o comentando contenidos de todo tipo.

Si en el capítulo anterior vimos que el público reclama un acceso gratuito a las obras, el corolario de dicha gratuidad es la posibilidad de acceder a una oferta abundante y constantemente renovada. Para satisfacer estas exigencias consumistas, una de las estrategias ha consistido en permitir que los propios internautas inunden la red de contenidos. En consecuencia, aquellos que, en teoría, eran meros espectadores, receptores o “consumidores”<sup>253</sup> de las obras del espíritu, disponen ahora de los medios técnicos que les permiten actuar como proveedores de contenidos, realizando actos que entran dentro del monopolio de explotación del autor<sup>254</sup>. De esta manera, el público abandona su papel pasivo, para adoptar un rol activo: de mero espectador pasa a convertirse en un “actor” de la difusión y producción de los contenidos en línea, pero también, en su caso, en un “infractor”.

**123.** El derecho de autor siempre se ha visto, en mayor o menor medida, afectado por los avances tecnológicos: la llegada del fonógrafo, de la radio, la televisión o de los aparatos que permiten grabar o reproducir las obras, entre otros. Sin embargo, ha sido ante todo la posibilidad de que los particulares realicen actos sometidos al derecho exclusivo lo que ha trastocado la noción de explotación y ha alterado el equilibrio del

---

<sup>253</sup>Hasta la llegada de Internet, el público se limitaba a leer la obra, escucharla, mirarla o criticarla. Los supuestos en que podía infringir el derecho de autor eran muy reducidos en comparación con las posibilidades que ofrece ahora el entorno digital, y casi nunca salían de la esfera privada. De hecho, tales usos se encontraban amparados por las excepciones de copia privada y de representación o comunicación en el ámbito doméstico o familiar.

<sup>254</sup>V.-L. BENABOU, “La riposte graduée contre la contrefaçon de masse: de l’alibi pédagogique à la tentation sécuritaire”, *A & M* 2010/5-6, p. 438-449, p. 438: “Armado de lo digital y de las redes, aquel que representaba el último eslabón de la cadena, escapando incluso a la economía de los contratos de explotación, se encuentra ahora en el corazón de una comunicación de las obras “desmediatizadas”, y hace competencia directa a los canales habituales de distribución”.

derecho de autor<sup>255</sup>. Este impacto se ha acrecentado considerablemente con la llegada de Internet, y ha alcanzado una dimensión sin precedentes. De ello ha resultado una pérdida de control de la circulación de la obra que viene dada por la desaparición del soporte material, lo cual comporta una serie de consecuencias. La primera consiste en la reproductibilidad infinita de la obra en formato digital, y a una calidad equiparable a la del original, cuando no idéntica. La segunda viene dada por la presencia de nuevos vectores de comunicación en el mundo digital, que permiten una rápida propagación de las obras en la red.

**124.** Esta facilidad con la las obras pueden ahora ser difundidas ha favorecido el nacimiento de una “cultura del intercambio” que promueve el acceso compartido y colectivo a los recursos intelectuales<sup>256</sup>. Este movimiento se opone al exclusivismo característico del derecho de propiedad, inaugurando una filosofía de la “inclusión”<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> D. LEFRANC, “La contrefaçon en droit d’auteur. Naissance – extension – scission”, *Propri. Intell.* N° 30, janvier 2009, p. 19-30 en la p. 27: “... la evolución de las técnicas ha trastocado la noción de explotación. Las innovaciones de 1870 a 1950 ampliaron los modos de difusión de las obras. Nuevos tipos de sujetos que llevan a cabo actos de explotación aparecieron tales como el productor de discos, el organismo de radiodifusión o el productor audiovisual. Pero en cada ocasión, eran necesarias inversiones considerables para adquirir estos nuevos medios de producción y de difusión. El gran público no podía permitirse adquirir un estudio de grabación, un laboratorio para revelar fotos o una antena de teledifusión [...]. La explotación de las obras del espíritu quedaba exclusivamente reservada a los profesionales. Pero, en 1949, la firma Haloid comercializa el primer fotocopiador xerográfico. En 1963, Philips pone en venta una cassette de audio que permite a una mayoría grabar música. En 1972, la misma empresa lanza el primer magnetoscopio comercial, el *Video Cassette Recorder*. Gracias a estas técnicas de copia analógica el gran público se pone a reproducir y difundir obras del espíritu. Por supuesto, ello trastoca el equilibrio del Derecho de autor. En efecto, desde los primeros privilegios hasta el final del siglo XX, el legislador siempre consideró a aquel que explota las obras como un profesional. Siempre se presumió que la adquisición de herramientas de explotación estaba ligado a una inversión económica” (traducción propia).

<sup>256</sup> Ch. CARON, “Et si le droit d’auteur n’existait pas sur internet et ailleurs? (à propos de TGI Pontoise 2 février 2005)”, *D.* 2005, p. 513: “Todas las obras serían así “cosas comunes” que, según el artículo 714 del Código Civil, “no pertenecen a nadie y su uso es común a todos”. En esta concepción, el valor que impregna las obras sería considerada como indigna de ser protegida por un derecho de propiedad intelectual. [...] numerosos piratas de Internet encuentran normal apropiarse gratuitamente de las obras, vienen inmateriales, pero nunca hubieran tenido la idea de no pagar su barra de pan, bien material. El derecho de autor sufre por su inmaterialidad ya que el cuerpo social no siempre la entiende [...]. Sea como fuere, el trueque, esta forma de intercambio de las sociedades primitivas puesta al día por el *peer-to-peer* sustituiría a la moneda para acceder a las obras. Pero no siendo el universo cultural más altruista que otros, los productores no dejarían de apartarse de este campo tan poco rentable, lo cual conllevaría terribles efectos negativos. Los consumidores serían las primeras víctimas”.

<sup>257</sup> B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs. La crise de l’idéologie propriétaire*, Les Liens qui Libèrent, Paris, 2015, p. 11. Esta misma filosofía es también la que sustenta el movimiento de las licencias libres, que, apoyándose en el ejercicio del derecho exclusivo, lo que hacen es promover la inclusión en lugar de la exclusión. En consecuencia, se abandona la propiedad individual y privativa para adentrarse en una propiedad comunitaria y colectiva (V.-L. BENABOU, “Le libre” in E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 57-73, n° 29, p. 66) Esta alternativa se apoya en un nuevo modelo de diseminación de las obras, modelo tomado del software libre, que favorece el libre acceso y la libre circulación de las obras, con el fin de transformar numerosas creaciones en *commons* o bienes comunes, es decir, en recursos libremente accesibles a todos, ya sean usuarios finales o nuevos creadores (S. DUSOLLIER, “Les licences Creative Commons: les outils du maître à l’assaut de la maison du maître”, *Propri. intell.*, n° 18, janvier 2006, p. 10-21, p. 11).

Se crean así comunidades virtuales en las que los internautas comparten sus recursos entre sí. Las redes de intercambio consisten, por tanto, en una forma de “economía colaborativa”, que permite a los consumidores alejarse de los canales habituales de distribución. Sin embargo, este intercambio o trueque es artificial en el ámbito de los bienes desmaterializados. En realidad, esta puesta en común supuestamente altruista tiene mucho que ver con el hecho de que los bienes que se comparten son en realidad no rivales y no excluyentes. Es decir, el hecho de compartir una obra en formato digital, no priva de su uso a aquel que la comparte<sup>258</sup>.

En consecuencia, Internet ha permitido una accesibilidad sin precedentes a las obras del espíritu, que ha venido de la mano no sólo del desarrollo de redes de intercambio entre particulares a través de las cuales se efectúan numerosas infracciones de los derechos de autor<sup>259</sup>, sino también del despliegue de las páginas web colaborativas o contributivas, lo que se conoce con el nombre de Web 2.0<sup>260</sup> o Web social. Se trata de páginas web de segunda generación que permiten a los usuarios interactuar y difundir contenidos de todo tipo. En este sentido, se habla también de plataformas *user-generated content* (UGC) o *user-uploaded content* (UUC). La creación y la difusión de contenidos pasa así a ser algo cada vez más arraigado en la vida diaria de muchos internautas, convirtiéndose en una forma de interacción social. “Colgar” el vídeo de un artista al que se admira en una red social, o hacer un montaje de vídeo con las fotografías de las últimas vacaciones, añadiéndole una canción famosa de fondo, para exponerlo en un blog, son actos que tienden a ser considerados como banales.

---

<sup>258</sup> Por lo tanto, más que a un intercambio, nos enfrentamos aquí a auténticas duplicaciones de un bien inmaterial.

<sup>259</sup> V.DZOMO-SILINO, “Les législations de lutte contre le téléchargement illégal: entre riposte graduée et filtrage de l’Internet”, *Cah. Propriété intellectuelle*, vol. 26, n° 1 [2014], p. 52: “La problemática legal de la oferta cultural en Internet se centra en la cuestión de la accesibilidad a los bienes digitalizados, accesibilidad que ha sido posible por medio de sistemas de intercambio de ficheros entre particulares a través de los cuales se efectúan vulneraciones de los derechos de autor en un mercado dominado por la diversidad de los intereses económicos de los creadores”.

<sup>260</sup> Los usos contributivos o colaborativos hacen referencia a aquellos usos de Internet que permiten una participación activa de los internautas en la creación y difusión de contenidos. La Web 2.0 es un concepto que se acuñó en 2003 y que se refiere al fenómeno social surgido a partir del desarrollo de diversas aplicaciones en Internet. El término establece una distinción entre la primera época de la Web (donde el usuario era básicamente un sujeto pasivo que recibía la información o la publicaba, sin que existieran demasiadas posibilidades para que se generara la interacción) y la revolución que supuso el auge de los blogs, las redes sociales y otras herramientas relacionadas. La Web 2.0, por lo tanto, está formada por las plataformas para la publicación de contenidos. La esencia de estas herramientas es la posibilidad de interactuar con el resto de los usuarios o aportar contenido que enriquezca la experiencia de navegación. Una página web que se limita a mostrar información forma parte de la *generación 1.0*. En cambio, cuando las páginas ofrecen un nivel considerable de interacción y se actualizan con los aportes de los usuarios, se habla de Web 2.0.



**125.** Desde este punto de vista, el derecho de autor aparece como un freno a la creatividad y al intercambio en las redes. El público no sólo reclama un derecho a acceder a las obras, sino también un derecho a favorecer o tomar parte en dicho acceso mediante el intercambio y/o la creación a partir de obras ajenas. Por supuesto, tales prácticas tratan de ser amparadas en el ejercicio de las libertades de expresión y/o de creación. La cuestión de la legitimidad del derecho de autor y del carácter equilibrado de su protección se plantea ahora más que nunca.

**126.** Como es lógico, este acceso masivo no autorizado a las obras protegidas en el entorno digital ha ocasionado un daño importante a las industrias culturales. El derecho de autor no estaba preparado para hacer frente a las infracciones masivas, cuando las mismas son cometidas por simples particulares. En consecuencia, y aunque los actos cometidos por los particulares en las redes digitales se encuentren, en principio, sometidos al derecho exclusivo (Sección 1ª), es difícil encontrar una solución que lo haga efectivo en la práctica (Sección 2ª).

### **Sección 1ª: La inclusión de los actos de difusión realizados por los particulares en el ámbito del derecho exclusivo**

**127.** Las nuevas tecnologías han dotado a cualquier particular de los medios de reproducción y de comunicación antaño únicamente accesibles a los profesionales, y por ello no sólo está en situación de recibir sino también de difundir (o de transformar y difundir) obras protegidas. Las fronteras entre el profesional (aquel que explota la obra) y el público (el particular) se vuelven difusas. El público, que antes se mantenía en cierta forma al margen, entra ahora en la escena del derecho de autor, y no es exagerado afirmar la gran mayoría de los contenidos que circulan en línea es puesta a disposición por simples particulares. Esta nueva piratería “doméstica” constituye un desafío a la eficacia del monopolio de explotación. Con todo, y a menos que se reconozca una excepción (§2), los actos de difusión realizados por el público pertenecen a la órbita del derecho exclusivo del autor (§1).

## § 1. El principio del sometimiento de los actos de difusión al derecho exclusivo

128. Los sistemas de Derecho de autor de tipo continental – tradición de la que forman parte el Derecho francés y el Derecho español – se caracterizan por ofrecer una visión extensiva del derecho exclusivo de explotación. Esta concepción ha quedado plasmada en la elección de una técnica legislativa particular, que la doctrina francesa ha calificado como “*synthétique et ouverte*”, y que se basa en una definición amplia de las concretas modalidades que lo integran<sup>261</sup>. Con ello, el legislador refleja su voluntad de que la Ley se encuentre permanentemente adaptada al progreso tecnológico, en una disciplina en que éste último es constante y juega un papel crucial.

Así, en el Derecho francés, el monopolio de explotación se compone de dos únicas prerrogativas: los derechos de reproducción y de representación<sup>262</sup>. Esta *summa divisio* tiene por objeto que cualquier modalidad de explotación, presente como futura, quede comprendida en alguno de estos dos supuestos. El derecho de reproducción es así definido en el art. L. 122-3 CPI como la “fijación material de la obra por todos los procedimientos que permitan comunicarla al público de una manera indirecta”, lo cual permite su aplicación a todos los supuestos de digitalización de una obra, pero también las copias almacenadas en cualquier soporte digital, desde un disco duro hasta un servidor en línea. En términos igualmente generales, el derecho de representación es definido en el art. L. 122-2 CPI como la “comunicación de la obra al público por cualquier procedimiento”, definición que se complementa con una lista de modalidades de explotación que no es limitativa. En consecuencia, toda difusión en línea podrá ser considerada como un acto de representación.

Por su parte, el Derecho Español se apoya en una cláusula general, establecida en el art. 17 TRLPI según la cual “corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”. En

---

<sup>261</sup>Esta es la característica principal que diferencia a los sistemas de tipo continental de los sistemas anglosajones, comúnmente llamados de *copyright*, los cuales contienen una lista cerrada de modalidades de explotación, obligando de este modo al legislador a intervenir a medida que aparecen nuevas modalidades.

<sup>262</sup> Art. L. 122-1 CPI: “el derecho de explotación que pertenece al autor comprende el derecho de representación y el derecho de reproducción”.

consecuencia, las modalidades de explotación enunciadas – y que son definidas en términos amplios en los arts. 18 a 21 del TRLPI<sup>263</sup> – no son limitativas, dejando así la puerta abierta a cualquier futura modalidad de explotación.

**129.** Se explica así que los primitivos derechos de reproducción y de representación, reconocidos por primera vez en los Decretos Revolucionarios de 1791 y 1793, hayan podido aplicarse a la circulación de obras protegidas en Internet. Así lo reconoció una de las decisiones judiciales precursoras en la materia dictada por la Sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París<sup>264</sup> de 14 de agosto de 1996. Una escuela superior de ingeniería ponía a disposición de sus alumnos un servidor en el cual podían alojar una página web personal. Haciendo uso de esta herramienta, uno de los alumnos había digitalizado y puesto a disposición, sin autorización de los titulares de derechos, una serie de composiciones musicales, motivo por el cual fue demandado. Para su defensa alegaba que lo único que su página web ofrecía era un almacenamiento para uso privado, y que por ello podía ampararse en la excepción de copia privada. Añadía además que, en caso de haber habido un uso colectivo de tales reproducciones, esto se debía exclusivamente a que los usuarios venían a “visitar” su página privada, pero que él mismo no realizaba ningún acto positivo de emisión. Dicho de otro modo, era totalmente pasivo en lo que se refiere a la consulta de los archivos por parte de terceros. Estas alegaciones no fueron acogidas favorablemente por el TGI de París, el cual afirmó que: “Dado que permitiendo a terceros conectados a la red de Internet la posibilidad de visitar sus páginas privadas y, en su caso, de realizar una copia, y aun

---

<sup>263</sup> Los derechos de reproducción y de comunicación pública coinciden substancialmente con las definiciones dadas por el CPI francés. El art. 18 TRLPI define así el derecho de reproducción como la “la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”; y conforme al art. 20.1 TRLPI “se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”. Se citan seguidamente, a título de ejemplo, una serie de modalidades de comunicación. Entre ellas conviene destacar, por su importancia en Internet, la modalidad de puesta a “disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”. El dispositivo español se completa con las definiciones de los derechos de transformación (art. 21) y de distribución (art. 19), cuya aparente omisión en el CPI francés se explica porque ambos se consideran como manifestaciones o emanaciones del derecho de reproducción. El art. 19 define el derecho de distribución como “la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”. Por último, en los términos establecidos en el art. 21.1 TRLPI se establece que, “la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”.

<sup>264</sup> TGI Paris, Ord. réf., 14 août 1996; *Sté Éditions musicales Pouchenel et a. y École centrale de Paris et a.; D.* 1996, p. 490, nota P.-Y. Gautier; RTD Com. 1997 p.97, obs. A. Françon.

cuando la vocación de Internet sea la de asegurar tal transparencia y convivialidad, François-Xavier Bergot favorece la utilización colectiva de sus reproducciones; que, por otra parte, poco importa que no efectúe él mismo ningún acto positivo de emisión, la autorización de realizar una copia se encuentra implícitamente contenida en el derecho de visitar sus páginas privadas; que queda por consiguiente establecido que François-Xavier Bergot ha reproducido y favorecido una utilización colectiva de las obras protegidas por el derecho de autor sin autorización, y respecto de las cuales las demandantes son cesionarias de los derechos de reproducción y de representación”.

Esta Sentencia revela cómo, sin mayores dificultades, las prerrogativas clásicas del derecho de autor se aplican en el entorno digital. Ello además con una particularidad, y es que los derechos de reproducción y de comunicación pública se solapan, son concomitantes o se encuentran intrínsecamente unidos en Internet. Toda puesta en línea o descarga ascendente (*upload*) supondrá un primer acto de reproducción – ya sea en un servidor o en una carpeta compartida situada en el disco duro de un ordenador – y por el hecho de ser accesible a otros usuarios de la red, supondrá, de forma casi concomitante, un acto de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición. Un nuevo acto de reproducción tendrá lugar en caso de que la obra que se encuentra en línea sea descargada de forma descendente (*download*) en un nuevo dispositivo, pudiendo dicha reproducción ser meramente provisional, en caso de que la obra sea visualizada o escuchada en *streaming*.

La otra conclusión importante que cabe extraer de esta sentencia es que cualquier particular, en tanto en cuanto disponga de las herramientas técnicas para subir y descargar contenidos – en el caso expuesto, un simple estudiante – puede realizar actos sometidos al derecho exclusivo y, en consecuencia, convertirse en un infractor. Nada hay en las definiciones de tales derechos que exija que la explotación revista un carácter profesional ni comercial. Los derechos exclusivos de explotación otorgan a sus titulares la facultad de autorizar o de oponerse a una determinada utilización de la obra, independientemente de que ésta tenga una finalidad comercial o no. Si algo es novedoso es que tales medios antes eran más costosos y, en consecuencia, el acceso a los mismos quedaba reservado a ciertos profesionales. Hay que destacar asimismo la dimensión que han adquirido, y que hace que aparezcan como banales.

**130.** Una de las primeras herramientas de que dispusieron los particulares para intercambiar archivos fueron las redes *peer-to-peer*, cuyo funcionamiento se basa en un programa informático que conecta los ordenadores de los usuarios<sup>265</sup> entre sí, permitiéndoles intercambiar todo tipo de archivos. El sistema de *peer-to-peer* presenta la particularidad de que los usuarios realizan, simultáneamente, actos de descarga ascendente y descendente. En efecto, desde el mismo momento en que el usuario descarga un archivo, éste quedará almacenado en la carpeta compartida de su disco duro, poniéndolo así a disposición de todos los demás usuarios conectados<sup>266</sup>. Existirán, por lo tanto, dos actos sometidos al derecho exclusivo: un acto de reproducción y un acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición.

En cuanto a la posibilidad de incluir las descargas descendentes dentro de la excepción de copia privada, ésta quiebra por dos motivos. El primero de ellos se basa en que, el hecho de almacenar el archivo en la carpeta compartida del dispositivo, supone un acto un acto de comunicación pública, y en consecuencia se incumple la condición que exige que la copia se realice para uso personal o privado<sup>267</sup>. En segundo lugar, las legislaciones en materia de derecho de autor han añadido una nueva condición a la excepción de copia privada relativa a la licitud de la fuente<sup>268</sup>. Por este motivo, las

---

<sup>265</sup> El *peer-to-peer* es una herramienta informática que permite el intercambio de ficheros entre usuarios de Internet. Su funcionamiento se basa en la conexión que establece entre dos ordenadores o pares (*peers*). Existen dos generaciones de programas de *peer-to-peer*. El primero, conocido como el modelo “Napster” era, en realidad, un falso *peer-to-peer* puesto que los ordenadores no se comunicaban directamente entre sí, sino que pasaban por un servidor central, el cual establecía un repertorio de los archivos disponibles en cada uno de los puestos conectados, para que pudieran seguidamente ser descargados por otro usuario. Ello permitió que la justicia estadounidense lo condenara en el año 2001 (*A&M Records v. Napster*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)). Surgieron así los programas de *peer-to-peer* de segunda generación, los cuales carecían ya de un servidor central, estableciendo una auténtica conexión directa entre los diferentes *peers*. Ello implica que cuando un internauta se conecta a la red, y realiza una búsqueda de archivos, la solicitud pasa por todos los ordenadores hasta que se encuentra el resultado deseado. La comunicación se establece, por tanto, entre internautas, sin necesidad de un intermediario. Son ejemplos de redes *peer-to-peer* de estructura descentralizada los programas *Gnutella*, *Ares*, *Freenet*, *Grokster* *KaZaA*. Esta ausencia de intermediario hizo que inicialmente, *Grokster* fuera absuelto por la Corte de Distrito de California en el año 2003, cuya sentencia fue revocada por la Corte Suprema en el año 2005.

<sup>266</sup> De hecho, no es necesario que el archivo se haya descargado por completo. Durante el propio proceso de descarga, las partes del archivo que vaya recibiendo se almacenarán ya en la carpeta compartida, y estarán a disposición de los otros usuarios, aunque la descarga no se haya completado.

<sup>267</sup> CA Aix-en-Provence (5ème chambre, correctionnelle) 5 septembre 2007 2007/501, Ministère public et a. y Délicourt Aurélien Claude.

<sup>268</sup> La exigencia de la licitud de la fuente fue introducida en España por la Ley 23/2006, de 7 de julio, *por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*. La incorporación al derecho francés se produjo mediante la reforma de 2011, en virtud de la cual el art. L. 122-5 exige ahora que la copia sea realizada a partir de una fuente lícita. Esta exigencia ha sido confirmada por el STJUE (Sala Cuarta) de 10 de abril de 2014, asunto C-435/12, *ACI Adam*. Pese a que la Directiva 2001/29 no se pronuncie expresamente sobre si la fuente a partir de la cual se hace una copia para uso privado ha de ser lícita, el Tribunal considera que las excepciones al derecho de autor han de ser objeto de una

descargas directas, en tanto en cuanto tengan por objeto un archivo puesto a disposición sin autorización del titular de derechos, tampoco podrán ser consideradas como casos amparados por la excepción de copia privada<sup>269</sup>, y lo mismo ocurriría con quienes retiran los archivos ya descargados de su carpeta compartida para evitar compartirlos en la red.

En consecuencia, ni la doctrina<sup>270</sup> ni la mayoría de las decisiones judiciales<sup>271</sup> han dudado en calificar los actos cometidos en las redes *peer-to-peer* por los particulares como actos que infringen los derechos de reproducción y de comunicación pública.

**131.** El desarrollo progresivo de la Web 2.0 ha traído consigo nuevas plataformas que permiten a los usuarios poner contenidos a disposición de otros. Es el caso de los blogs<sup>272</sup>, las redes sociales, las plataformas dedicadas a compartir vídeos, fotografías, etc. Muchas de estas plataformas difunden contenidos sin posibilidad de descargar una copia definitiva, esto es, en *streaming*. Esta modalidad de difusión ha alcanzado una gran popularidad y ha suplantado progresivamente las descargas duraderas, tanto directas como desde una red *peer-to-peer*. En todo caso, la puesta en línea en una plataforma de *streaming* por un particular implica un acto de reproducción en el servidor de dicha plataforma, seguido de un acto de comunicación pública. La descarga ascendente queda, por tanto, comprendida en el ámbito del derecho exclusivo del autor.

---

interpretación restrictiva y que admitir la licitud de las copias efectuadas a partir de obras puestas a disposición del público sin el consentimiento de los titulares de derechos iría en contra la regla de los tres pasos.

<sup>269</sup> En este sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La guerra del P2P”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n° 20/2007 parte Tribuna; S. LÓPEZ MAZA, “Idas y venidas de la “Ley Sinde”. Comentario a la disposición final 43ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”, *RJUAM* n° 23, 2011, p. 215-242, p. 218.

<sup>270</sup> Vid., entre otros, J. LÓPEZ RICHART, “El ejercicio de acciones civiles frente a los usuarios de redes P2P antes y después de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre”, in APARICIO VAQUERO (J.P.) (coord.), *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016p. 351-352; LÓPEZ MAZA, “Idas y venidas de la “Ley Sinde”. Comentario a la disposición final 43ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”, *RJUAM* n° 23, 2011, p. 215-242, p. 232; P. SIRINELLI, Comentario sobre T. correct. Rodez, 13 octubre 2004, *Ministère Public*, *FNDF*, *SEV*, *Twentieth Century Fox et a . y D. Aurélien*, *Propri. intell.* n° 14, 2005, p. 56-59; J. FRANCILLON, “Piratage numérique. Licéité ou illicéité des pratiques de “pair à pair” (“peer-to-peer” ou P2P). Responsabilité pénale des utilisateurs et des éditeurs ou distributeurs de logiciels d’échanges”, *RSC* 2006 p.93.

<sup>271</sup> SAP de Barcelona, núm. 83/2011 (Sección 15ª) de 24 de febrero de 2011 (AC 2011/86), Caso “El Rincón de Jesús”(FJ 5º); SAP Barcelona (Sección 15ª) de 18 de diciembre de 2013 (JUR 2014/19853), Caso “nito 75”(FJ 6º) y SAP Madrid (Sección 28ª) de 31 de marzo de 2014 (AC 2014/385), Caso “Pablo Soto” (FDº 4).

<sup>272</sup> El blog consiste en una página personal, de carácter no profesional, que explota un internauta amateur, y en la cual expresa su punto de vista sobre cuestiones de su elección y permite, en su caso, a otros manifestar sus reacciones: E. DÉRIEUX y A. GRANCHET, *Lutte contre le téléchargement illégal. Lois DADVSI et HADOPI*, Éditions Lamy, 2010, p. 210.

**132.** Un tema más discutible es si el usuario que accede a los contenidos en línea, sin descargarlos, comete un acto de infracción de los derechos de autor. La cuestión está en dilucidar si el mero acceso es un acto comprendido en la esfera del monopolio de explotación<sup>273</sup>. La visualización o audición en *streaming* comportará, en todo caso, una reproducción transitoria en la memoria viva del ordenador, que podría quedar amparada en la excepción de copia provisional. Sin embargo, ésta impone como condición que la utilización de la obra sea lícita. No existe, a nuestro conocimiento, jurisprudencia al respecto, lo cual probablemente se deba al hecho que, por razones prácticas, los titulares de derechos no han ejercitado acciones contra los usuarios que se limitan a acceder a las obras en *streaming*, porque todo apunta a que la batalla sería muy difícil de ganar en este campo. No cabría excluir que el Juez, en lugar de seguir una interpretación estricta de la condición de “utilización lícita” o “acceso legal”, se decantara por establecer algún criterio que en la práctica exonerase al usuario final de buena fe que supuestamente no tendría conocimiento del carácter ilegal del contenido al que accede. Un criterio de esta índole ha sido empleado por el TJUE en el asunto *GS Media*<sup>274</sup> en cuanto al establecimiento de hipervínculos. Concretamente, el apartado nº 46 de dicha Sentencia establece que “puede resultar difícil, especialmente para particulares que deseen colocar tales vínculos, comprobar si el sitio de Internet, al que se supone que remiten los vínculos, da acceso a obras que están protegidas y, en su caso, si los titulares de los derechos de autor de dichas obras han autorizado su publicación en Internet. Esa comprobación es aún más difícil cuando estos derechos han sido objeto de sublicencias

---

<sup>273</sup>Vid. *infra*, nº 241 y s.

<sup>274</sup>STJUE (Sala 2ª), de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, *GS Media vs Sanoma Media Netherlands BV, et al.*: CCE 2016, comm. 78, obs. Ch. Caron; D. 2016, obs. F. Pollaud-Dulian; *Dalloz IP/IT* 2016, p. 543, obs. P. Sirinelli. Concretamente, el TJUE debía pronunciarse acerca de la calificación jurídica del establecimiento de un enlace que conduce a un contenido previamente puesto a disposición en Internet sin la autorización del titular de derechos. En su STJUE *Svensson* de 13 de febrero de 2014, el Tribunal de Justicia había considerado que el establecimiento de un enlace hacia un contenido libremente accesible en Internet no era un supuesto de comunicación pública por no dirigirse a un público nuevo. Su propio razonamiento debía conducirle, por tanto, a considerar que, si la comunicación de origen de un contenido no había sido autorizada, el establecimiento de un enlace hacia el sitio web que la alojaba debía necesariamente constituir un acto de comunicación pública. Sin embargo, considerando que ello supondría establecer un régimen muy severo para una actividad que se considera consubstancial al funcionamiento de Internet, el TJUE trata de reconducir la situación condicionando la existencia de un acto de comunicación pública al grado de conocimiento que tiene el proveedor del enlace respecto de la ilegalidad del contenido puesto a disposición en el sitio web de origen. Y para finalizar, consciente de los problemas prácticos que plantea la prueba del conocimiento, el TJUE establece una presunción *iuris tantum* consistente en que, si la persona actúa sin ánimo de lucro, dicha persona no conoce que la obra había sido publicada en Internet sin la autorización del titular del derecho de autor.

[...]”. La vinculación de la existencia de un acto de comunicación pública a un criterio subjetivo ha sido, no obstante, ampliamente criticada entre la doctrina<sup>275</sup>.

**133.** En todo caso, de una manera general, la visión amplia del derecho de explotación es susceptible de ser aplicada a los actos cometidos por los usuarios individuales en Internet. Técnicamente, el público, al menos cuando comparte obras en las redes digitales, realiza actos de reproducción y de comunicación pública. Por lo tanto, un simple “post” en una red social, si tiene como objeto una obra del espíritu o un fragmento original de la misma, y que no se encuentre en dominio público, supone en teoría un acto sometido al derecho exclusivo. Sin embargo, esta afirmación parece hoy muy radical en el ámbito de las mal llamadas “libertades digitales”. Y por ello, no faltan intentos para tratar de incluir algunos de los actos que cometen los usuarios en el ámbito de una excepción.

## **§2. La oportunidad de incluir tales comportamientos en el ámbito de una excepción**

**134.** Junto a los usos en los que los internautas comparten obras ajenas, existen muchos otros en los que éstos se convierten en creadores de obras a partir de materiales protegidos por el derecho de autor. Se trata de los supuestos en los que el autor transforma una obra, o bien toma una obra preexistente o elementos de la misma, para

---

<sup>275</sup> Una de sus principales objeciones a la solución adoptada por el TJUE es que éste no proporciona elementos para saber qué ha de entenderse por ánimo de lucro, pero las críticas más importantes derivan del hecho de que el TJUE condicione la existencia de un acto de comunicación pública a que se conozca la ilegalidad de los contenidos enlazados, pues con ello el Tribunal establece una nueva condición que ni las Directivas ni los Tratados internacionales en materia de propiedad intelectual hacen mención de la misma. S. DORMONT considera, en este sentido, que el criterio relativo a la conciencia del usuario conduce a una apreciación de carácter particularmente psicológico del acto de comunicación pública, que en principio es extraña a esta noción. El acto de comunicación pública ha de ser entendido como un acto de puesta a disposición de la obra en beneficio de un público, desligado de la intención o del conocimiento del usuario, salvo cuando lo que se analiza es el aspecto penal de la infracción de derechos, lo cual no era aquí el caso (S. DORMONT, “L’arrêt GS Media de la Cour de Justice de l’Union européenne: de précisions en distinctions, l’hyperlien lui fait perdre son latin...”, *CCE* février 2017, p. 1-5, en p. 1). Para una crítica de la SJTUE *GS Media* vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “El concepto autónomo de «comunicación al público» en la jurisprudencia del TJUE”, *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, n° 61 (enero-abril 2019), p. 13-67, especialmente las p. 53 y s.; R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, “Los desnudos de la señora Dekker, Playboy, Internet y la propiedad intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 11/2015; P. SIRINELLI, “Le régime juridique d’un hyperlien conduisant à un contenu illicite selon la CJUE”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 543.



incorporarlos a una obra nueva. Estos “usos transformativos”<sup>276</sup> tan frecuentes en el mundo digital no son, sin embargo, una novedad<sup>277</sup> en el campo del derecho de autor, pues remiten a las categorías de obra compuesta y/o derivada<sup>278</sup>. Además, el Derecho español reconoce expresamente un derecho de transformación en su artículo 21.1 TRLPI definido en los siguientes términos: “la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”.

Si algo es novedoso es la dimensión que estos nuevos usos han alcanzado en el ámbito de la Web 2.0, donde surgen herramientas que permiten poner el fenómeno de la obra derivada al alcance de cualquiera<sup>279</sup>, incluso de los no iniciados ni en el ámbito de la informática, de la producción audiovisual, de la fotografía o de la composición musical.

**135.** En general, los actos del público que implican una difusión de obras ajenas en Internet han tratado de ser reprimidos. Por el contrario, la creación de contenidos por los internautas, aunque sea tomando elementos de obras protegidas sin autorización, parece suponer un valor añadido que sería necesario legitimar e impulsar, y más teniendo en cuenta la ausencia de finalidad comercial que acompaña a estos usos. En este sentido, desde las instituciones europeas, se ha evocado en alguna ocasión la oportunidad de crear una excepción *ah hoc* que cubra los contenidos generados por los usuarios (A). Por otra parte, muchos de estos nuevos usos podrían quedar comprendidos en el ámbito de las excepciones existentes a la luz de la progresiva tendencia a su interpretación amplia por el TJUE (B).

---

<sup>276</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* P. LÉGER, *La recherche d'un statut de l'oeuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'oeuvre composite en droit d'auteur*, LGDJ, Coll. Thèses, Tome 584, 2018.

<sup>277</sup> CSPLA, *Rapport de la Mission sur les oeuvres transformatives*, V.-L. Benabou y F. Langrogné, 2015.

<sup>278</sup> La distinción entre ambas categorías no es fácil de determinar. En el Derecho español, ambas categorías son tratadas en artículos diferentes del TRLPI. La obra compuesta (art. 9 TRLPI) supondría una reproducción de una obra previa o de un elemento original de la misma en una nueva obra, mientras que la obra derivada (art. 11 TRLPI) implicaría directamente la transformación de la primera. Sin embargo, en algunos casos establecer dónde acaba la incorporación y dónde empieza la transformación puede ser una tarea complicada. En todo caso, el régimen es el mismo: toda obra que provenga de la incorporación de una obra primera – o de elementos originales de la misma – así como de su transformación, necesitará de la autorización del titular de los derechos, salvo que fuera de aplicación alguna de las excepciones legalmente establecidas.

<sup>279</sup> Muchos de ellos están basados en simples aplicaciones móviles como son los creadores de *memes* o aplicaciones como *Dubsmash*. Esta aplicación de vídeo-selfie playback consiste en crear vídeos cortos donde el usuario puede hacer doblajes de películas, series televisivas o canciones famosas. Para ello, el usuario elige un audio entre diferentes categorías. Seguidamente activa la cámara y hace la mímica de la frase que se escucha de fondo. Una vez finalizada la grabación, el archivo puede ser guardado y compartido en las redes sociales. Los vídeos resultantes suelen tener una finalidad cómica.

## A. La creación de una excepción de user-generated content

**136.** Los proyectos de creación de una excepción de *user-generated content* responderían a la aparente necesidad de legalizar un uso que se ha vuelto muy corriente entre los internautas. Consiste en la utilización de partes de obras o de otros objetos protegidos (interpretaciones, grabaciones sonoras, etc.) para integrarlas a una obra propia. La finalidad es que la obra resultante sea compartida en línea por medio de las redes sociales o de otras plataformas de tipo colaborativo.

**137.** El primer problema que plantea la creación de una excepción que cubra los “contenidos generados por los usuarios” es la delimitación misma de esta noción, que por su generalidad es susceptible de incluir comportamientos de tipo muy heterogéneo. Así, la expresión puede, en primer lugar, aplicarse a contenidos creados por el usuario, *ex novo*, sin tomar elementos originales de una obra preexistente. Los mismos tendrán la consideración de obra en tanto en cuanto sean originales. En segundo lugar, la expresión se aplica también a las aportaciones de los usuarios en las obras llamadas “transformativas”, es decir, aquellas que nacieron con la vocación de ser evolutivas, permitiendo así que cualquier otro usuario en línea pudiera completarlas o modificarlas. Es el caso de los llamados *wikis*, cuyo ejemplo más conocido en la actualidad es la enciclopedia en línea *Wikipedia*. Por último, la expresión *user-generated content* se refiere también a aquellos contenidos que incorporan una obra ajena, o al menos un fragmento original de la misma. Se trata, en definitiva, de las categorías de obras compuesta y/o derivada que conoce el derecho de autor. Son éstos últimos los supuestos que entran en conflicto con el autor de la obra preexistente, con respecto a los cuales, se ha planteado, desde las instancias europeas, la posibilidad de incluirlos en el ámbito de una excepción<sup>280</sup>. La “clemencia”<sup>281</sup> frente a estos nuevos usos quedaría justificada por

---

<sup>280</sup> Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, *Derechos de autor en la economía del conocimiento*, Bruselas, 16 de julio de 2008 (COM (2008) 466 final); Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015, *sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (P8\_TA (2015) 0273), punto nº 42: “Observa con interés el desarrollo de nuevas formas de uso de las obras en las redes digitales, en particular los usos derivados, y hace hincapié en la necesidad de examinar posibles soluciones que concilien una protección eficiente que ofrezca una remuneración adecuada y una compensación justa a los creadores con el objetivo de interés público de acceso a bienes y conocimientos culturales”.

<sup>281</sup> P.-E. MOYSE, “Le droit des utilisateurs au Canada”, *Juris art etc.* 2015, nº 25, p. 30.

los fines loables de la experimentación artística sin que, *a priori*, las obras primeras sufran. La adopción de una excepción para tales usos suscita, no obstante, diversas polémicas.

**138.** El primer punto criticable desde el punto de vista del derecho de autor es el empleo mismo de la expresión *user-generated content* a estos nuevos usos que remiten a las categorías de obra compuesta y derivada. Hablar aquí “contenido”, “generado” y “usuario”, en lugar de “obra”, “creada” y de “autor” es una manifestación más la banalización que ciertas prácticas han alcanzado en el entorno digital. El autor no es más que un usuario del servicio en línea, de forma que no se le reconoce directamente la noble cualidad de “autor”<sup>282</sup>. Por otra parte, la expresión “generar contenidos” seguramente tenga que ver con el hecho de que muchos de éstos surgen gracias a herramientas técnicas que ensamblan de forma automática los elementos que el usuario quiere incorporar a su obra, hecho por el cual estos usos han alcanzado una popularidad extrema. Sea como fuere, en todos estos supuestos, el usuario no crea de la nada, sino que precisamente incorpora o transforma una obra u objeto protegidos preexistentes<sup>283</sup>. Por otro lado, el “contenido” que genera podrá acceder a la categoría de “obra”, siempre que su aportación merezca la consideración de original<sup>284</sup>. Todas las obras, en tanto en cuanto sean originales, tendrán acceso a la protección, sin entrar a valorar su mérito o su destino<sup>285</sup>. El Tribunal Supremo español parece mostrar cierta exigencia a la hora de apreciar la noción de originalidad, habiéndose decantado por una concepción objetivade

---

<sup>282</sup> V.-L. BENABOU, “Quelles solutions pour les UGC en France?”, *Juris art etc.* 2015, nº 25, p. 20. La autora explica también cómo la democratización de las herramientas de la creación ha propiciado una multiplicación “de los autores”, y ha conducido al mismo tiempo a la desvalorización de su estatuto simbólico. “Demasiados autores matan al autor. De esta forma, nacen creadores a los cuales se llama “usuarios”; “consumidores” que se las apañan para hacer *fan-fictions*, *collages*, *memes*, a partir de un material creativo que se encuentra en línea y fácilmente copiable por la vía digital, y ello a cambio de un tremendamente módico precio. Millones de personas se ponen espontáneamente a crear y gozan de unos instrumentos de difusión inéditos; la profusión carece de precedente, y las más de las veces se encuentra animada por la mera intención de una expresión desenfrenada”.

<sup>283</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “¿Puede crearse un nuevo límite en la ley de propiedad intelectual española para dar cobertura a los contenidos generados por los usuarios?” in J.J. MARÍN, R. CASAS VALLÉS y R. SÁNCHEZ ARISTI (coords.), *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016p. 257-295, p. 258.

<sup>284</sup> Artículo 10.1 TRLPI. El CPI francés no hace ninguna mención de la originalidad como requisito para la protección de las obras del espíritu. La noción apareció tardíamente en la jurisprudencia, y fue sobre todo la doctrina quien le dio un verdadero impulso. El primer autor en presentar de forma sistematizada fue H. Desbois en la primera edición de su Tratado de derecho de autor (1950).

<sup>285</sup> Art. L. 112-1 CPI: “Las disposiciones del presente Código protegen los derechos de los autores de todas las obras del espíritu, cualesquiera que sean el género, la forma de expresión, el mérito o su destino”.

la originalidad<sup>286</sup> – equivalente a que la obra sea nueva – y exigiendo, además, un cierto grado de altura creativa. Sin embargo, el TJUE ha reconocido la originalidad de un extracto de once palabras en su Sentencia *Infopaq* de 16 de julio de 2009<sup>287</sup>. Por su parte, la Corte de Casación francesa ha afirmado que la simple asociación de una palabra o frase totalmente banal, a un lugar podría llegar a ser original<sup>288</sup>. En consecuencia, y si bien es cierto que muchos de estos contenidos generados por los usuarios son realizados mediante aplicaciones informáticas que automatizan el proceso de creación, la obra resultante es susceptible de ser original, siempre que el autor disponga de una paleta de opciones que le permita tomar decisiones libres y creativas. Por lo tanto, no hay que despreciar de antemano las capacidades creativas de los usuarios, ni excluir que de estas prácticas resulten auténticas “obras”.

**139.** En este sentido, se habla también con frecuencia de excepción para el contenido *amateur*. Sin embargo, el Derecho no exige que el autor sea un profesional. El hecho de que el autor sea un profesional o un simple aficionado no interfiere en la protección que el derecho de propiedad intelectual le garantiza sobre su creación. Es decir, el autor no dispone de ninguna protección específica por el hecho de ejercer una actividad de creación a título profesional. El derecho de autor ignora la frontera entre los autores profesionales y los autores *amateurs*, y en consecuencia los protege de manera idéntica<sup>289</sup>. La única diferencia reside más bien en el hecho de que, con frecuencia, los *amateurs* no persiguen una actividad lucrativa o comercial, sino que sus motivaciones obedecen a otros factores. La creación derivada es para ellos una forma de interacción social, y su finalidad es lúdica<sup>290</sup>.

---

<sup>286</sup> SSTs de 24 de junio de 2004 (RJ 2004/4318), de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012/2907), de 2 de febrero y de 26 de abril de 2017 (RJ 2017/454 y 2017/1736).

<sup>287</sup> STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08, *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*. Para un estudio pormenorizado de esta sentencia *vid.* P. CÁMARA ÁGUILA, “La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq”, *Aranzadi civil-mercantil* 2012, Vol.2, núm. 8 (diciembre), p. 111-129.

<sup>288</sup> Cas. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2008, n° 06-19.021, *Bettina Rheims y J. Gautel*: JCP G 2009, II, 10204, nota G. Loiseau; D. 2009, p. 263, nota B. Edelman; D. 2009, p. 266, nota E. Treppoz; RLDI 2009, n° 45, n° 1473, D. Galan: la Corte de Casación francesa ha admitido aquí la protección de una obra creada *in situ* por Jacob Gautel, consistente en la inscripción de la palabra “Paradis” encima de la puerta de los aseos de un antiguo hospital. El alto órgano jurisdiccional considera que “la aproximación conceptual del artista, que consiste en colocar una palabra en un lugar particular, alejándola de su sentido común, se había expresado formalmente en una realización material original”.

<sup>289</sup> S. LE CAM, *L’auteur professionnel*, LexisNexis, Coll. IRPI, n° 44, 2014, n° 32, p. 27.

<sup>290</sup> V. NABHAN, “L’exception de contenu non commercial généré par l’utilisateur en droit canadien”, *Cah. Propr. Intell.* Vol. 27, n° 3, p. 1315-1329, p. 1319.

**140.** Por otra parte, el espectro de usos que pueden incluirse en esta excepción es extremadamente amplio: reproducciones, adaptaciones, traducciones, *samplings*, *remix*, *mash-ups*, *fan-fictions*.

**141.** El primer y único ejemplo hasta el momento de una excepción de *User-Generated Content* en Derecho comparado lo encontramos en la *Loi sur le droit d'auteur* de Canadá, en su artículo 29.21. En términos generales, lo que esta excepción reconoce es la posibilidad, para una persona física, de utilizar una obra u objeto protegido para crear una segunda obra, así como la posibilidad de utilizarla públicamente o de autorizar a un intermediario a difundirla. La obra primera tendrá que ser una obra ya divulgada. Además, no podrá ser una obra infractora, lo que equivale a decir que la fuente o el acceso a la obra primera han de ser lícitas. Sin embargo, se admite una apreciación subjetiva, es decir, que la persona crea, por motivos razonables, que la obra empleada para la creación no era infractora. Por último, se exigirá mencionar la paternidad siempre que los datos relativos a la misma figuren en la fuente.

En cuanto al contenido generado, deberá consistir en una obra u otro objeto protegido. En consecuencia, la excepción no permite reproducir simplemente todo o parte de una obra protegida, sin ninguna aportación personal del usuario en el resultado final. El material prestado ha de incorporarse en un conjunto que constituya una obra protegida que satisfaga el criterio de originalidad. La finalidad es que la obra primera y la obra segunda no sean sustituibles, ya que la obra resultante no podrá ser objeto de utilización con fines comerciales, pero tampoco deberá afectar a la explotación actual o eventual de la obra inicial. Esta última condición aparece redactada en términos muy imprecisos, y por ello, es de esperar que su apreciación dé lugar a un número importante de interpretaciones judiciales divergentes<sup>291</sup>. Por ejemplo, ¿si la obra resultante llega a tener más éxito que la obra de la que deriva, se considerará que está afectando al mercado de la primera obra?

En todo caso, cabe preguntarse si realmente la obra puesta en Internet estará exenta de toda finalidad comercial o lucrativa. Ciertamente, el usuario que la ha creado y el autor de la obra primera, no obtendrán ningún ingreso derivado de su explotación en línea. Pero la difusión por parte de las plataformas sí generará ingresos a las mismas.

---

<sup>291</sup> Ch. GEIGER, “Autre regard...”, *chron. PI, Propr. intell.*, n° 58, janvier 2016, p. 91 (p. 89-98).

Como afirma V.-L. BENABOU <sup>292</sup>, “el carácter *amateur* de los UGC se acaba a las puertas de Internet”. Es cierto, como resalta la autora, que algunos remixes, *mash-ups* y otros collages siguen existiendo en páginas independientes. Las *fan-fiction* circulan en gran medida en comunidades de pares, alejadas de toda preocupación mercantil. Sin embargo, un gran número de UGC circulan en plataformas cuya finalidad es ante todo comercial, como son *YouTube* o *Dailymotion*. Paradójicamente, mientras que los UGC son realizados por millones de *amateurs*, movidos en principio por una motivación altruista, a menudo son objeto de una difusión con carácter comercial por las plataformas en situación de oligopolio, y que sólo excepcionalmente reparten los beneficios económicos vinculados a esta difusión. En realidad, la excepción sirve los intereses de otros usuarios, de los proveedores de acceso y de otros difusores en las redes, ya que encabezan la más grande empresa de la creación libre y gratuita de contenido. Esto debería poner en entredicho la realidad de la primera exigencia impuesta por el legislador, es decir, que la obra no sea utilizada con fines comerciales<sup>293</sup>.

Por otra parte, la disposición constituye una prueba más del irreductible apetito de los consumidores por un contenido incesantemente renovado y para el cual las demandas intempestivas no parece que puedan en la actualidad ser satisfechas por la sola categoría de los creadores<sup>294</sup>. Se aboga por la libertad de la creación y se da prioridad al hecho de que el autor pueda “monetizar” estos usos secundarios de su obra. Y todo ello porque se trata de un fenómeno de masas, difícilmente controlable y sólo por este motivo debería ser legalizado, en lugar de poner los medios para que el potencial de los *user-generated content* revierta en los autores de las obras originarias. Además, se trata de una excepción que no sólo afecta a las facultades patrimoniales de los autores, sino también a las facultades morales. Su conformidad con la regla de los tres pasos aparece, en consecuencia, como dudosa<sup>295</sup>.

**142.** En consecuencia, no podemos apoyar aquí el eventual reconocimiento de una excepción de este tipo en la Unión Europea puesto que se trata de una disposición que beneficia en realidad a ciertos actores, como son las grandes plataformas de

---

<sup>292</sup> V.-L. BENABOU, “Quelles solutions pour les UGC en France ?”, *Juris art etc.* 2015, n° 25, p. 20

<sup>293</sup> P.-E. MOYSE, “Le droit des utilisateurs au Canada”, *op. cit.*, p. 30.

<sup>294</sup> P.-E. MOYSE, “Le droit des utilisateurs au Canada”, *loc. cit.*

<sup>295</sup> V. NABHAN, “L’exception de contenu non commercial généré par l’utilisateur en droit canadien”, *Cah. Propr. Intell.* Vol. 27, n° 3, p. 1315-1329, p. 1328.

Internet, contra los cuales, en la actualidad, el autor se bate en duelo para tratar de salvar ciertos obstáculos jurídicos y poder negociar con ellos la explotación y reparto de los beneficios obtenidos. Y con respecto a la libertad de creación de los internautas, es preciso recordar que ésta es libre dentro de la esfera privada, lo que precisamente no ha de ser libre es difundir una obra creada a partir de una obra ajena, y menos sin que el autor de la obra prestada pueda obtener una remuneración a cambio. En todo caso, la interpretación amplia de algunas de las excepciones existentes por parte del TJUE ha abierto una vía no desdeñable que podría legitimar muchos de los contenidos generados por los usuarios.

## **B. La interpretación amplia de las excepciones de cita y parodia**

**143.** La idea de crear una nueva excepción que cubra los contenidos generados por los usuarios deriva del hecho de que, en principio, este nuevo fenómeno no encaja plenamente en ninguna de las excepciones existentes. Ciertamente es que ninguna de ellas por sí sola, ni combinándolas, bastaría para cubrir los *user-generated content* en toda su amplitud. Existen, no obstante, dos supuestos en los que la Ley permite tomar una obra preexistente e incorporar en una obra nueva: las excepciones de cita y de parodia. Ambas han sido objeto de una interpretación extensiva, en la jurisprudencia reciente del TJUE, contrariamente al principio de interpretación estricta que ha de regir en materia de excepciones. De esta manera, se abre el paso a que muchos de los usos nuevos usos transformativos puedan escapar al poder del derecho exclusivo.

**144.** Esta interpretación viene dada por la tendencia progresiva del TJUE a interpretar ciertos conceptos conforme al sentido que les confiere el lenguaje común, así como a incluir, en sus métodos de razonamiento, el recurso a los derechos fundamentales. El TJUE invoca también con frecuencia el criterio de salvaguarda del efecto útil de la excepción<sup>296</sup>. Ello conduce a que cuando una excepción constituya una emanación de un derecho fundamental – como es la libertad de expresión en las

---

<sup>296</sup> Apartado nº 133 de la SJTUE (Sala 3ª), de 1 de diciembre de 2011 asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer y Standard VerlagsGmbH et al.*; y apartados nº 23-24 de la STJUE (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/12, *Deckmyn et al. y Vandersteen*. Sobre la noción de “efecto útil”, *vid. supra*, nº 81 y s.

excepciones de cita y de parodia – el TJUE acabe inclinando la balanza del lado del derecho fundamental que ha motivado el reconocimiento de dicha excepción.

**145.** Así es como la excepción de cita ha sido objeto de una interpretación extensiva en los asuntos *Eva Maria Painer*<sup>297</sup> y *Kraftwerk*<sup>298</sup>. El primero de ellos versaba sobre la reutilización, por parte de una serie de periódicos alemanes y austríacos, de un retrato de infancia de una joven que había sido secuestrada, sin contar con la autorización de la fotógrafa profesional que lo había realizado. El retrato aparecía así reproducido en los medios de comunicación sin que constara el nombre de la autora o, si constaba, era erróneo. El TJUE acoge el fundamento basado en la excepción de cita, que además interpreta de forma amplia. En primer lugar, el Tribunal de Justicia admite que la obra fotográfica pueda quedar incluida en el ámbito de la excepción del artículo 5.3 d) de la Directiva 2001/29/CE. En consecuencia, la cita de una fotografía es totalmente posible. Tal era ya el caso en el Derecho español, cuyo artículo 32.1 TRLPI permite la cita de “obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”. La situación en la jurisprudencia francesa era más controvertida, pues la exigencia de que la cita sea “corta” había conducido a decisiones divergentes.

En segundo lugar, el TJUE considera que carece de pertinencia el hecho de saber si la cita se hace en una obra protegida por los derechos de autor, o bien en una obra o prestación no protegida por tales derechos puesto que tal condición no figura en el artículo 5.3 d) de la Directiva<sup>299</sup>. A esta conclusión llega en base a la realización de un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores, por un lado, y los de los usuarios, por otro. Para el TJUE, este equilibrio supone dar prioridad a la libertad de expresión de los usuarios en relación con el interés del autor en poder oponerse a la reproducción de extractos de su obra que ya ha hecho legalmente accesible al público, siempre que quede garantizado su derecho a que en la cita se indique, en principio, su nombre. Dicho de otro modo, para el TJUE no es necesario que la cita se inserte en una obra nueva, estableciendo una interpretación de la excepción más amplia que la que

---

<sup>297</sup>STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer*: *Légipresse* 2012, p. 161, nota J. Antipapas; *Prop. intell.* 2012, p. 30, obs. A. Lucas; *RTD com.* 2012, p. 118, obs. F. Pollaud-Dulian; *D.* 2012, p. 2837, obs. P. Sirinelli; *Prop. intell.* n° 42, janv. 2012, p. 30, obs. A. Lucas; *CCE* mars 2012, p. 26, obs. C. Caron

<sup>298</sup>STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019, asunto C-476/17, *Pelham GmbH y Ralf Hütter*: *D.* 2019, p. 1742, obs. G. Querzola.

<sup>299</sup>Punto n° 136 de la STJUE *Eva-Maria Painer* de 1 de diciembre de 2011 anteriormente citada.



figura en los Derechos español y francés<sup>300</sup>. De conformidad con esta interpretación un “post” en una red social que contenga un fragmento de una obra podría ser amparado por la excepción de cita.

Pero, además, si se prescinde de la integración de la cita en una nueva obra ¿cómo puede apreciarse la finalidad de crítica, análisis o investigación que es propia de esta excepción, tal y como se desprende del artículo 5.3 d) de la Directiva?<sup>301</sup> Esta finalidad es la que hace que la excepción de cita quede circunscrita a unos parámetros restrictivos, exigiendo que la cita sea algo más que una simple utilización de un elemento de una obra preexistente en una nueva obra. Siguiendo esta lógica, no cabría hablar de cita, en términos jurídicos, cuando se toma un fragmento de una obra musical para incorporarla en otra del mismo género<sup>302</sup> o a una obra audiovisual como música de fondo, pues faltaría en estos casos esa finalidad crítica, de análisis o de investigación.

X. En sentido contrario se ha pronunciado, sin embargo, el TJUE en su Sentencia *Kraftwerk* de 20 de julio de 2019<sup>303</sup>. En ella, el Tribunal de Justicia era interrogado acerca de la inserción en un fonograma mediante *sampling* de una muestra sonora (*sample*) extraída de otro fonograma. En su razonamiento, el TJUE parte de que la determinación del significado y alcance del término “cita” habrá de hacerse conforme a

---

<sup>300</sup> El artículo 32 del TRLPI relativo a la excepción de cita habla de la “inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas”, y en el mismo sentido, el artículo L. 122-5-3° a) CPI establece que el autor no puede oponerse a los análisis y citas cortas justificadas por el carácter crítico, polémico, pedagógico, científico o informativo “de la obra en la cual son incorporadas”.

<sup>301</sup> El artículo 5.3 c) habla de las citas con fines de crítica o reseña.

<sup>302</sup> Tomar prestado un tema melódico o una secuencia rítmica, incluso una estructura armónica es una práctica muy habitual y antigua entre los compositores. Dentro del repertorio clásico o de la música culta abundan las obras basadas en un tema de una obra precedente que se desarrolla y transforma dentro de una nueva obra (podemos citar a modo de ejemplo las *Variaciones sobre un tema de Haydn* op. 56 de J. Brahms o la *Rapsodia sobre un tema de Paganini* en La menor, op. 43, de S. Rachmaninov). En este sentido, R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, 2005, p. 430. “... cabe citar una obra musical o una ejecución de ésta [...] siempre que se incluya en una creación de género diverso, como por ejemplo sucede cuando se inserta una partitura en un tratado de armonía, o un breve fragmento de una pieza musical ejecutada por una orquesta en una obra multimedia didáctica. Sin embargo, se plantean dudas respecto de lo que se denomina cita netamente musical, es decir, la cita que consiste en incorporar en el contexto de una obra musical un fragmento de otra anterior fácilmente identificable. El problema se plantea porque este tipo de cita, muy utilizada en el jazz y en la música culta, exactamente no tiene un fin educativo o de investigación, y el modo en que se realiza tampoco coincide con su comentario, análisis o juicio crítico”. En este sentido se había pronunciado también la jurisprudencia mayoritaria francesa: TGI París, 3° ch., 10 mai 1996, *RIDA* 1996, n° 170, p. 324; 15 mai 2002, *RIDA* 2002, n° 194, p. 251, obs. A. Kéréver; CA París, 4° ch., 7 juin 2000, *D.* 2001, p. 2555, obs. P. Sirinelli; 13 oct. 2000, *CCE* 2000. Comm. 127, obs. C. Caron; 10 déc. 2003, *JCP E* 2004, p. 1924, obs. D. Lefranc.

<sup>303</sup> SJTUE *Pelham GmbH y Ralf Hütter* de 29 de julio de 2019 anteriormente citada.

su sentido habitual en el lenguaje corriente<sup>304</sup>. En base a ello, TJUE observa que el uso de una muestra sonora extraída de un fonograma que permite identificar la obra de la que se ha extraído esa muestra puede, en función de las circunstancias, considerarse una cita, siempre que dicho uso tenga por objeto interactuar con la obra en cuestión. En cambio, no constituye una cita el uso de esa muestra cuando no sea posible identificar la obra de que se trate<sup>305</sup>.

Dos son las consecuencias principales que cabe extraer de estas afirmaciones del Tribunal de Justicia: la primera es que el Tribunal admite la cita de una obra musical dentro de otra obra del mismo género, suprimiendo la finalidad de crítica o reseña tradicionalmente atribuida a esta excepción, y substituyéndola por la condición de interactuar con la obra en cuestión<sup>306</sup>. De esta manera, el TJUE confirma su visión extensiva de la excepción de cita que ya había iniciado en el asunto *Eva Maria Painer*. En segundo lugar, el TJUE se muestra excesivamente permisivo con la exigencia formal que figura en el artículo 5.3 d), a saber, la de indicar la fuente de la cita, incluido el nombre del autor a menos que ello resulte imposible. Así, cuando una obra sea tan famosa que el fragmento utilizado sea reconocible al escucharlo en la obra nueva, no será necesaria la mención de la paternidad de la obra. Es cierto que, como señala el Abogado General en el apartado nº 68 de sus conclusiones, en el caso de la obra musical es difícil (aunque no imposible) indicar la fuente de la cita en la propia obra. Pero de admitir una concepción amplia de cita en estos casos, sería preferible exigir que la que la mención de la paternidad del fragmento incorporado figurase en el título o en la descripción de la obra, en lugar de vincular el respeto a la paternidad de la obra a su mayor o menor popularidad entre los consumidores, criterio cuya apreciación es, en definitiva, subjetiva.

**146.** Por otra parte, y también partiendo del sentido habitual del término “parodia” en el lenguaje corriente, en conjunción con la salvaguarda del efecto útil de la

---

<sup>304</sup> El apartado nº 71 de la SJTUE *Pelham GmbH y Ralf Hütter* de 29 de julio de 2019 anteriormente citada establece que “Por lo que respecta al sentido habitual del término «cita» en el lenguaje corriente, procede señalar que la cita se caracteriza esencialmente por la utilización, por parte de un usuario que no es su autor, de una obra o, más generalmente, de un extracto de una obra para ilustrar un comentario, defender una opinión o incluso permitir una confrontación intelectual entre esa obra y las manifestaciones de dicho usuario. Por lo tanto, el usuario de una obra protegida que pretenda acogerse a la excepción de cita debe tener el objetivo de interactuar con dicha obra”.

<sup>305</sup> Apartados nº 72 y 73 de la SJTUE *Pelham GmbH y Ralf Hütter* de 29 de julio de 2019 anteriormente citada.

<sup>306</sup> Condición que, en nuestra opinión, no viene a significar nada, pues siempre que un fragmento de una obra pase a formar parte integrante de otra podemos decir que hay interacción.

excepción, y el respeto del derecho a la libertad de expresión, el TJUE ha reconocido una noción amplia de parodia. Es cierto que la excepción de parodia carece, en el Derecho de la Unión Europea de unos contornos delimitados, pues la Directiva de 2001 se limita a reconocer una excepción en el art. 5.3 k) a efectos de caricatura, parodia o pastiche, sin más precisiones. En su STJUE de 3 de septiembre de 2014, el Tribunal afirma que la parodia resultante no tiene por qué ser una obra original, lo único que se precisa es que sea diferenciable de la obra originaria para que no exista riesgo de confusión. En realidad, nos cuesta ver cómo una obra puede no ser original y al mismo tiempo diferenciarse de la obra de la que deriva. ¿Podría incluirse aquí una creación generada por una aplicación informática que, por ejemplo, modifique de manera totalmente automática una fotografía añadiéndole determinados efectos que “hagan reír”?

Por otra parte, la excepción de parodia es susceptible de ser interpretada de dos maneras. De manera restrictiva, supondría que únicamente es lícito hacer una parodia de la obra en sí (*target parody*). De forma amplia se permitiría que una obra sirviera para burlarse de un elemento ajeno, por ejemplo, una situación o personalidad de la actualidad política o social (*weapon parody*). En el Derecho español coexistían ambas interpretaciones, puesto que la jurisprudencia estaba dividida en este punto. En el caso sometido a la apreciación del TJUE el dibujo objeto del litigio pretendía burlarse de un personaje político<sup>307</sup>. El TJUE admite que este supuesto entra dentro de la excepción de parodia, decantándose así por una visión amplia del concepto de parodia<sup>308</sup>. Con ello permite, en principio, la utilización de cualquier obra o prestación ajena protegida siempre que se produzca un efecto cómico. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia establece que la parodia es un concepto autónomo de Derecho de la Unión<sup>309</sup>,

---

<sup>307</sup> Se trataba concretamente de la transformación de la viñeta de un cómic con una finalidad de crítica o burla de un personaje político, pero no del cómic en sí.

<sup>308</sup> CSPLA, Rapport de la Mission sur les œuvres transformatives, *op. cit.*, p. 55: “Así, la parodia en Derecho europeo cubre no sólo una creación transformativa (a fortiori), sino igualmente un simple uso transformativo, desde el momento en que es posible para el usuario percibir diferencias entre la obra de origen y la parodia, y de entender la dimensión humorística o de burla”. Y más adelante, el informe confirma que la definición europea de la parodia autoriza una amplia recepción de la excepción para licitar las creaciones transformativas desde el momento en que tienen una finalidad humorística o burlesca, sin necesidad de respetar un criterio cuantitativo de lo que se ha tomado prestado de la obra original, y si ni siquiera tener necesidad de citar la fuente.

<sup>309</sup> Para una crítica acerca de la consideración del concepto de parodia como concepto autónomo de derecho comunitario, *vid.* P. CÁMARA ÁGUILA, “El concepto autónomo de parodia”, in P. CÁMARA ÁGUILA e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (coord.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 517-539.

de forma que la interpretación amplia que deriva de esta Sentencia debería imponerse a todos los Estados miembros<sup>310</sup>.

**147.** Esta doctrina del TJUE entra en conflicto con la interpretación más autorizada del artículo 39 TRLPI, la cual se apoya en una visión restrictiva del concepto de parodia derivada de su tenor literal<sup>311</sup>. No obstante, en base al carácter facultativo de la excepción en cuestión, R. BERCOVITZ considera que cabe admitir que un Estado miembro pueda introducir en su ordenamiento interno, criterios que limiten el alcance de la misma si se estima oportuno, “puesto que una excepción que puede transponerse plenamente, puede transponerse también limitadamente [...]. Cabría pues que el ordenamiento de un estado miembro aceptase la excepción de parodia sólo cuando la misma constituyese una obra nueva por su originalidad. Cabría pues que el ordenamiento de un estado miembro aceptare la excepción de parodia sólo cuando la misma se refiriese directa o indirectamente a la obra o prestación parodiada. cabría también limitar la excepción de parodia determinadas clases de obras (literarias, musicales, audiovisuales...)”<sup>312</sup>. Por todo ello, concluye que no habría que proceder a modificar el artículo 39 del TRLPI ni interpretarlo forzando su tenor literal. Sin embargo, es preciso plantearse hasta dónde resistirán los legisladores nacionales a imponer definiciones restrictivas de conceptos que el Tribunal de Justicia interpreta de forma amplia.

**148.** En todo caso, las excepciones de parodia y de cita, tal y como han sido interpretadas por el TJUE en su jurisprudencia reciente podrían amparar muchos de los usos de contenidos ajenos que tienen lugar en las redes sociales y otras plataformas en línea sin tener necesidad de reconocer una nueva excepción *ad hoc* para los contenidos generados por los usuarios en Canadá. Por poco que el fragmento que el usuario tome

---

<sup>310</sup> En Francia, la parodia carece de definición legal. El artículo L. 122-5, 4º del CPI se limita a establecer que la parodia, para ser lícita, ha de ser conforme a las “leyes del género” (*lois du genre*). Lo cierto es que estas leyes no figuran en ningún texto de Ley, y que han sido elaboradas por la jurisprudencia progresivamente. Una Sentencia de la Corte de Casación de 22 de mayo de 2019 parece hacer de la STJUE de 3 de septiembre una ley del género que hay que tener en cuenta a la hora de interpretar el concepto de parodia. En base a ella, y a un juicio de proporcionalidad, concluye que un fotomontaje empleado en la portada de una revista, en el que figuraba el busto de una escultura de la *Marianne* ahogándose, constituía una “metáfora humorística del pretendido naufragio de la República”.

<sup>311</sup> En efecto, el artículo 39 TRLPI se refiere a la “parodia de la obra divulgada”, lo cual sugiere que la parodia ha de incidir sobre la obra misma.

<sup>312</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La parodia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.7/2014 parte Tribuna. En el mismo sentido, P. CÁMARA ÁGUILA, “El concepto de parodia en Derecho comunitario: la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 3 de septiembre de 2014” in J.J. MARÍN, R. CASAS VALLÉS y R. SÁNCHEZ ARISTI (coord.), *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 109-120.

de una obra ajena pueda ser considerado como breve<sup>313</sup>, o la transformación operada haga mínimamente reír – como ocurre con una gran mayoría de los usos transformativos<sup>314</sup> - tales usos actuaciones podrían quedar cubiertos por una excepción.

## **Sección 2ª: La dificultad para encontrar una solución eficaz**

**149.** Las infracciones de los derechos de propiedad intelectual en la red son cometidas, en gran medida, por millones de usuarios individuales de los servicios digitales, generando graves perjuicios para los titulares de derechos. La capacidad del derecho exclusivo para incluir en su órbita este nuevo comportamiento del público ha quedado acreditada por la jurisprudencia. En la medida en que los diversos actos de reproducción y de puesta a disposición realizados por parte de los usuarios de Internet no puedan quedar comprendidos en alguna de las excepciones establecidas legalmente, ni cuenten con la autorización de los titulares de derechos, éstos se analizan jurídicamente como infracciones o violaciones del derecho de autor. La noción francesa de *contrefaçon* se define, así, como todo acto de utilización no autorizada de una obra del espíritu<sup>315</sup>, o como todo acto que ocasiona un daño a los derechos del autor<sup>316</sup>, y tiene una doble naturaleza, tanto civil como penal.

**150.** Ahora bien, la eficacia del monopolio de explotación no se agota en su capacidad para incluir tales comportamientos en su definición. También es necesario poder reprimirlos, sancionarlos u obtener una reparación del daño causado. En este sentido, las infracciones de los derechos de autor en el entorno digital han requerido una reforma de los mecanismos de defensa, ya que los instrumentos tradicionales han resultado inadaptados. En esta búsqueda de un nuevo equilibrio, se ha planteado la pertinencia o la conveniencia de sancionar directamente a los particulares por los usos no autorizados que realiza en la red. En consecuencia, junto a las medidas específicamente previstas en contra del internauta infractor adoptadas en algunos países

---

<sup>313</sup> Pues al fin y al cabo podemos plantearnos qué queda de la excepción de cita si no es que el fragmento incorporado sea breve. Esta condición ni siquiera opera en el caso de las fotografías al poder ser éstas objeto de cita como tales.

<sup>314</sup> CSPLA, Rapport de la Mission sur les œuvres transformatives, p. 54.

<sup>315</sup> J. GROFFE, *La bonne foi en droit d'auteur*, Institut Varenne, 2015, n° 235, p. 149.

<sup>316</sup> Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Paris, 4<sup>e</sup> ed., n° 499, p. 463.

(§1), cobran fuerza en la actualidad las medidas para reprimir las violaciones indirectas realizadas por ciertos profesionales (§2).

## **§1. La ineficacia de los mecanismos sanción en contra de los particulares**

**151.** Empezar mecanismos de sanción contra los particulares conlleva una serie de dificultades. A las de orden técnico o práctico, que derivan del carácter masivo, constante, instantáneo de las infracciones, se une el hecho de que los comportamientos que vulneran los derechos de autor son ahora corrientes, y más aún cuando quienes intercambian obras y prestaciones protegidas en línea no persiguen con ello ninguna finalidad comercial. Esto conduce a un sentimiento de impunidad que hace que la respuesta jurídica aparezca como ilegítima y desproporcionada. En consecuencia, el derecho de autor se ha convertido en un auténtico debate social y su protección es considerada como “liberticida”. Por ello, sancionar a quienes constituyen en realidad la “clientela” del titular de derechos aparece como una opción arriesgada.

**152.** A pesar de ello, Francia ha tomado la determinación de sancionar los actos de infracción de derechos en la red cometidos por los particulares. En un principio, el Derecho francés no dudó en subsumir, en el delito de *contrefaçon*, los actos de intercambio de obras protegidas en las redes *peer-to-peer* por los usuarios (A). Su aplicación ha sido, no obstante, moderada, y la tendencia se ha dirigido hacia un aligeramiento progresivo de las sanciones que se ha materializado en el procedimiento de “*réponse graduée*” (B).

### **A. La aplicación moderada del delito de *contrefaçon* en Francia.**

**153.** La primera medida adoptada en Francia para hacer frente a las descargas ilegales por medio de las redes *peer-to-peer* consistió en la aplicación pura y simple del delito de *contrefaçon*<sup>317</sup>. En la medida en que estos actos realizados por los particulares

---

<sup>317</sup> Arts. L. 335-2 CPI, L. 335-3 (relativo a la violación del derecho de autor) y L. 335-4 CPI (relativo a la vulneración de derechos vecinos).

en las redes podían analizarse como infracciones de los derechos de autor, las sanciones tanto civiles como penales de la *contrefaçon* podían ser de aplicación. De esta manera, y sin necesidad de proceder a una adaptación del dispositivo existente para hacer frente a las infracciones de derechos de autor, los internautas que ponían a disposición obras o las descargaban, se exponían a las penas enunciadas en el art. L. 335-2 CPI, que podían llegar a los tres años de prisión y a los 300 000 euros de multa.

**154.** Como era de esperar, la aparente severidad de esta medida se resolvió mediante una aplicación muy moderada de las penas por parte de los jueces. Y si bien es cierto que las sentencias absolutorias<sup>318</sup> fueron menos frecuentes, las escasas condenas<sup>319</sup> lo fueron a importes simbólicos, tanto de multa como de responsabilidad civil<sup>320</sup>. Una de las decisiones que más polémica generó fue la Sentencia del TGI de Pontoise<sup>321</sup>, ya que condenó al internauta a una multa de 3000 euros, además del pago de 10 000 euros en concepto de responsabilidad civil<sup>322</sup>.

**155.** Entre la doctrina, la mayoría de los autores criticaban la “clemencia” del juez penal<sup>323</sup>, y calificaban la vía represiva como “decepcionante” puesto que las condenas no eran en absoluto disuasivas para la gran mayoría de los internautas para quienes este tipo de prácticas resultan familiares<sup>324</sup>.

---

<sup>318</sup>T. correctionnel de Paris, 8 décembre 2005; T. correctionnel de Nanterre, 6 février 2006 (absolución parcial): es exonerado en cuanto a la descarga descendente, sin embargo, el Tribunal aprecia que no podía ignorar que estaba poniendo a disposición sus propios archivos; T. correctionnel de Créteil, 2 de noviembre de 2005: los elementos del procedimiento no permiten apreciar que haya habido infracción.

<sup>319</sup>Entre otras, TGI Vannes, ch. corr., 29 avr. 2004, *Ministère public et FNDF, CCE* 2004, p. 27, n° 86, obs. C. Caron; *Légipresse*, n° 215, oct. 2004, 180 s., obs. A. Robin; TGI Pontoise, 2 févr. 2005, *SACEM, SDRM, SPPF, SCPP y Alexis B...*; C. Caron, “Et si le droit d’auteur n’existait pas sur internet et ailleurs? (à propos de TGI Pontoise, 2 février 2005)”, *D.* 2005, Tribune p. 513; C. Rojinsky et S. Canevet, “Et si le droit d’auteur allait trop loin, sur internet et ailleurs ? (toujours à propos de TGI Pontoise, 2 février 2005)”, *D.* 2004, Tribune p. 849; *D.* 2005, Jur. p. 1435, nota B. Legros; CA Montpellier, 3e ch. corr., 10 de marzo de 2005, *D.* 2005, Jur. p. 1294, nota G. Kessler; TGI Havre, 20 sept. 2005, *M. L. T...* y *SACEM*.

<sup>320</sup>C. FERRERO, “Lorsque l’homo œconomicus décide de télécharger de la musique sur internet : aller devant le juge coûte-t-il moins cher que d’aller sur iTunes?”, *RLDI* n° 19, sept. 2006, p. 52-58.

<sup>321</sup>C. ROJINSKI, “Et si le droit d’auteur allait trop loin, sur internet et ailleurs? (toujours à propos de TGI Pontoise 2 février 2005)”. *D.* 2005, p. 849. En sentido contrario, Ch. CARON califica de pertinente esta decisión: Ch. CARON, “Et si le droit d’auteur n’existait pas sur internet et ailleurs? (à propos de TGI Pontoise 2 février 2005)”, *D.* 2005, p. 513.

<sup>322</sup>El elevado importe estaba directamente relacionado con el volumen de composiciones musicales que el demandado tenía almacenadas en su disco duro (unas 10 000).

<sup>323</sup>C. CASTETS-RENARD, “Réseaux *peer-to-peer*: la clémence du juge pénal”, *D.* 2006, p. 933, con respecto a la Sentencia del T. Correctionnel de Paris, 8 décembre 2005, mediante la cual el internauta había sido absuelto.

<sup>324</sup>J. FRANCILLON, “Piratage numérique. Licéité ou illicéité des pratiques de “pair à pair” (“*peer-to-peer*” ou P2P). Responsabilité pénale des utilisateurs et des éditeurs ou distributeurs de logiciels d’échanges”, *RSC* 2006 p.93.

En cambio, entre la opinión social, las sanciones eran vistas como desproporcionadas, teniendo en cuenta que los usos que las motivaban eran totalmente corrientes. Por ello, y considerando tales usos como de menor entidad con respecto a los de los profesionales, el legislador trató de instaurar, en el curso de la elaboración de la Ley DADVSI, un régimen de sanción atenuado para los intercambios de archivos entre particulares. El objetivo era sustraer ciertos actos de las disposiciones aplicables al delito de *contrefaçon*, con vistas a someter las descargas *peer-to-peer* a una represión menos severa<sup>325</sup>. No obstante, la disposición fue censurada por el *Conseil Constitutionnel*<sup>326</sup>, considerando que las particularidades de las redes *peer-to-peer* no permitían justificar una diferencia de trato. En consecuencia, la disposición fue declarada contraria al principio de igualdad ante la Ley penal.

**156.** No obstante, esta necesidad de “aligerar” las sanciones dirigidas contra los internautas infractores perduró, y fue así como en el año 2009 fueron promulgadas las Leyes Hadopi I y II, edificando el nuevo sistema de “*réponse graduée*”.

## **B. La respuesta graduada (“réponse graduée”)**

**157.** A pesar de que las disposiciones generales relativas al delito de *contrefaçon* eran de aplicación, la multiplicación de las prácticas de descargas ilegales condujo a las autoridades francesas a la adopción de una legislación específica susceptible de permitir su control y sanción por parte de una autoridad administrativa.

El sistema de “*réponse graduée*”, más conocido como Ley (o leyes) Hadopi, respondía a la necesidad de adoptar un mecanismo eficaz contra las infracciones cometidas por los usuarios de las redes *peer-to-peer*, tratando al mismo tiempo de suavizar la respuesta hacia este fenómeno, que hasta el momento había sido tratado como una conducta delictiva. Es por ello que se optó por un sistema basado en la sensibilización o educación del internauta (1), que sólo en última instancia, y tras una serie de requerimientos podría incurrir en una sanción (2).

---

<sup>325</sup> De un delito se pasaba a una *contravention*. Las penas serían de 38 euros por descarga descendente, y 150 por cada puesta a disposición de archivos.

<sup>326</sup> Cons. const. n° 2006-540-DC de 27 de julio de 2006.



## 1. La faceta pedagógica

**158.** La Ley de 12 de junio de 2009, más conocida como Ley Hadopi <sup>1327</sup> instituyó una nueva autoridad pública independiente <sup>328</sup> denominada *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et sur la protection des droits sur Internet* (HADOPI) a la cual se le encomendó, entre otras funciones, una misión de protección de las obras y otros objetos protegidos frente a las violaciones a dichos derechos cometidas en las redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para proporcionar servicios de comunicación al público en línea <sup>329</sup>. A tal fin, la Hadopi fue designada como encargada de poner en marcha el sistema de *réponse graduée*.

**159.** La “respuesta graduada” se basó, ante todo, en la adopción de un mecanismo de tipo pedagógico para frenar las infracciones en línea cometidas por los particulares. El objetivo era sensibilizar, educar, concienciar al internauta sobre el carácter nocivo de sus conductas en Internet con respecto al derecho de autor, dando prioridad a la modificación voluntaria de su comportamiento más que a la represión <sup>330</sup>. La idea inicial de los promotores de la respuesta graduada era la de encontrar un nuevo mecanismo para hacer frente a la infracción generalizada en las redes digitales sin necesidad de recurrir a la sanción penal tradicional. El diseño del procedimiento respondía al carácter masivo de las infracciones: es más fácil enviar una notificación al internauta, con la esperanza de que decida, voluntariamente, cambiar su comportamiento, que entablar un procedimiento civil o penal contra el mismo.

**160.** A estos fines, se estableció una obligación de vigilancia de la conexión a Internet a cargo del abonado. En virtud del art. L. 336-3 CPI, “la persona titular del acceso a servicios de comunicación al público en línea tiene la obligación de velar para que dicho acceso no sea objeto de una utilización con fines de reproducción, de representación, de puesta a disposición o de comunicación al público de obras u objetos protegidos por un derecho de autor o un derecho vecino sin la autorización de los titulares de derechos previstos en los libros I y II cuando sea requerida”. En definitiva, el titular de la línea debe tomar las precauciones necesarias para que su acceso a Internet

---

<sup>327</sup> Ley n° 2009-669 de junio de 2009 *favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*.

<sup>328</sup> Art. L. 331-12 CPI.

<sup>329</sup> Las funciones de la HADOPI aparecen mencionadas en el art. L. 331-13 CPI.

<sup>330</sup> J. GROFFE, *La bonne foi en droit d'auteur*, Institut Varenne, 2015, n° 340, p. 206.

no sea utilizado, por él o por terceros<sup>331</sup>, como un vector para cometer actos de infracción de los derechos de autor<sup>332</sup>.

**161.** Si se constata que tal obligación no es respetada, la Haute Autorité<sup>333</sup> envía serie de “recomendaciones”, que por su formulación son más bien mensajes de “advertencia”. La vertiente pedagógica de ley HADOPI consiste, por tanto, en un sistema gradual de envío de recomendaciones, regulado en el art. L. 331-25 del CPI, y que consta de tres etapas. La primera de ellas supone el envío, al titular de la línea, de un correo electrónico por parte del prestador del servicio de acceso a Internet, recordándole la obligación dispuesta en el art. L. 336-3 CPI, así como las sanciones a las que se expone de conformidad con los arts. L. 335-7 y L. 335-7-1 CPI. En esta recomendación se informa igualmente al abonado acerca de la existencia de una oferta legal de contenidos culturales en línea, acerca de la existencia de medios para asegurar su conexión, así como acerca de los daños que ocasionan las conductas que no respetan el derecho de autor y los derechos vecinos para la renovación de la creación artística y la economía del sector cultural.

En caso de reincidencia transcurrido un plazo de seis meses a contar desde la fecha de envío de la primera recomendación, la Comisión podrá enviar una segunda recomendación que contendrá las mismas informaciones que la precedente. Dicha recomendación será enviada por correo electrónico, acompañado de una carta

---

<sup>331</sup> J. LEFRANC, *Le piratage déraciné*: “... al imponer a cargo del abonado una obligación de vigilancia, el proyecto de Ley se sitúa fuera del delito de *contrefaçon*, y en consecuencia, fuera de la propiedad intelectual. Las consecuencias son importantes. En primer lugar, la responsabilidad está ligada al acceso. Así, tiene poca importancia que el titular de dicho acceso sea el autor material del pirateo. Se presume que el abonado es responsable por toda persona que acceda a su terminal, salvo el fraude cometido por un tercero en términos absolutos. Concretamente, el padre o madre de familia responde por sus hijos, así como por toda persona invitada a su hogar. Se trata de una responsabilidad por el hecho ajeno, salvo en los casos en los que hay coincidencia entre el abonado y el pirata. Por lo mismo, las empresas son deudoras de la obligación de vigilancia en cuanto a los actos de sus empleados. En segundo lugar, esta responsabilidad *sui generis* es, como tal, compatible con el ejercicio cumulativo de una acción de *contrefaçon*, civil o penal” (traducción propia).

<sup>332</sup> Ch. CARON califica la respuesta graduada como una “*para-contrefaçon*”, puesto que no necesariamente aquel que efectivamente comete los actos de violación de derechos será sancionado, sino el abonado a un servicio de acceso a Internet por medio del cual se realicen actos que vulneren los derechos de autor: Ch. CARON “*La lutte contre la contrefaçon sur Internet dans les lois HADOPI I et II*”, CCE n° 1, Janvier 2010, comm. 1.

<sup>333</sup> En cuanto al inicio del procedimiento, el art. L. 331-24 CPI establece que la comisión de protección de derechos actúa mediante la solicitud formulada por los agentes acreditados en las condiciones definidas en el art. L. 331-2 designados por los organismos de defensa profesional, las entidades de gestión y el *Centre national du cinéma et de l’image animée*. La Comisión de Protección de Derechos podrá asimismo actuar en base a las informaciones transmitidas por el *procureur de la République*. Los hechos deberán haber sido cometidos en los seis meses anteriores.

certificada y con acuse de recibo, o por cualquier otro medio que permita dar fe de la fecha de presentación de dicha recomendación.

Por medio de ambas recomendaciones, se le da la oportunidad al internauta para que deje voluntariamente de infringir los derechos de autor por medio de su acceso a Internet. Sólo tras dos intentos infructuosos se abre paso a la tercera etapa en la cual el titular de la línea podrá quedar expuesto a la aplicación de las sanciones penales.

**162.** De esta forma, el legislador francés ha tratado de ser “muy comedido y pedagogo”<sup>334</sup> en la concepción de su dispositivo de lucha contra las infracciones en masa perpetradas en las redes digitales por los particulares. La Ley insiste en la necesidad de que los internautas sean informados y adquieran consciencia del carácter ilícito de sus actos como condición previa a toda sanción. En consecuencia, la falta de vigilancia no se sanciona de forma automática, sino que pone en marcha un mecanismo progresivo de advertencias. La sanción, de naturaleza penal, sólo se plantea como último recurso. El objetivo es que el infractor decida de manera voluntaria abandonar los comportamientos susceptibles de causar un daño a los titulares de derechos. Por tanto, y frente al consumismo exacerbado de obras y prestaciones protegidas propio de la era digital, la HADOPI pretende incitar al público a adoptar un comportamiento o consumo “responsable” de los bienes culturales en línea<sup>335</sup>.

Esta suerte de “indulgencia”<sup>336</sup> hacia los particulares contrasta radicalmente con la dureza potencial de las sanciones del delito de *contrefaçon* y su razón de ser parece residir en el hecho de que el usuario que comparte obras no lo hace con una finalidad comercial. Además, se parte de la base de que el internauta no es necesariamente consciente del daño que sus comportamientos pueden ocasionar para los intereses de los titulares de derechos, y que esos intercambios entre pares, supuestamente altruistas, son gravemente perjudiciales para la supervivencia de la creación y de las actividades culturales. Como afirma J. GROFFE, “es legítimo considerar que el particular de buena fe, es decir, aquel que no era consciente de que su comportamiento perjudicaría

---

<sup>334</sup> V.-L. BENABOU, “La riposte graduée contre la contrefaçon de masse: de l’alibi pédagogique à la tentation sécuritaire”, *A & M* 2010/5-6, p. 438-449, p. 441.

<sup>335</sup> A tal fin existe también un procedimiento mediante el cual la oferta legal de contenidos protegidos en línea puede obtener un sello que acredite la conformidad de un sitio web con el respecto de los derechos de autor.

<sup>336</sup> J. GROFFE, *La bonne foi en droit d’auteur*, Institut Varenne, 2015, n° 399, p. 205. La autora habla de unabenevolencia con respecto a los particulares (“*bienveillance à l’égard des particuliers*”).

indirectamente al titular de los derechos, pueda escapar a la sanción, la cual quedaría reservada a aquel que no puede ignorar que su comportamiento causa un perjuicio permitiendo – en defecto de realizarla – la violación de derechos. Esto explica, por un lado, la clemencia de la que goza el titular de una conexión a internet: si éste puede ser declarado responsable, la totalidad del sistema sigue estando construido en torno a la idea de que *a priori*, el abonado no podía saber que su línea sería utilizada con la finalidad de cometer violaciones de derechos. Sólo cuando tal presunción de ignorancia desaparezca, es decir, cuando el abonado no pueda seguir ignorando la violación indirecta (y por tanto ya no podrá predicarse su buena fe), la sanción podrá ser pronunciada<sup>337</sup>.

**163.** A pesar del carácter gradual del procedimiento, la elaboración del sistema de respuesta graduada atravesó diversas dificultades. En otros términos, la concepción de un mecanismo para luchar contra las infracciones de derechos en Internet que pone a los usuarios en el punto de mira no fue una tarea fácil. De entrada, porque la necesidad de detectar las infracciones para la puesta en marcha del dispositivo choca con el derecho a la intimidad, al tratarse de actividades que los internautas realizan en su ámbito privado. A ello se añaden las intromisiones en el ámbito de la libertad de comunicación en caso de que sea ordenada la suspensión del acceso a Internet<sup>338</sup>.

Por esta razón, la *Haute Autorité* fue privada del único poder de sanción que en un principio se le pretendía conceder y que consistía en la posibilidad de ordenar la suspensión de la conexión a internet, una vez agotado el sistema de advertencias. Sin embargo, el *Conseil Constitutionnel*, en su decisión de 10 de junio de 2009<sup>339</sup>, juzgó que esta disposición era contraria a la Constitución, pues estimó inapropiado que una autoridad administrativa pudiera ostentar esta facultad. Para el *Conseil Constitutionnel*, la suspensión del acceso a Internet atenta contra el derecho fundamental de

---

<sup>337</sup> J. GROFFE, *La bonne foi en droit d'auteur*, loc. cit.

<sup>338</sup> Ch. GEIGER, "Legalize it? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur Internet", in C. GEIGER y C. RODÀ (coord.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, LexisNexis, Coll. du CEIPI, vol. 61, 2014, p. 167-185, en p. 173-174.

<sup>339</sup> Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *AJDA* 2009, p. 1132; *D.* 2009, p. 1770, point de vue J.-M. Bruguière; *ibid.* p. 2045, point de vue L. Marino; *ibid.* 2010, p. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay; *ibid.* p. 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy; *Dr. soc.* 2010, p. 267, chron. J.-E. Ray; *RFDA* 2009, p. 1269, chron. T. Rambaud y A. Roblot-Troizier; *Constitutions* 2010, p. 97, obs. H. Périnet-Marquet; *ibid.* p. 293, obs. D. de Bellescize; *RSC* 2009, p. 609, obs. J. Francillon; *ibid.* 2010, p. 209, obs. B. de Lamy; *ibid.* p. 415, étude A. Cappello; *RTD civ.* 2009, p. 754, obs. T. Revet; *ibid.* p. 756, obs. T. Revet; *RTD com.* 2009, p. 730, étude F. Pollaud-Dulian.

comunicación, y por ello, sólo un juez debe poder pronunciarla. En consecuencia, esta facultad fue suprimida en la Ley Hadopi I aprobada el 12 de junio de 2009. Por su parte, la Ley Hadopi II vino a completar el dispositivo, dotándolo de una faceta sancionadora o represiva.

## **2. La faceta sancionadora o represiva**

**164.** Con la finalidad de dotar de carácter disuasivo<sup>340</sup> al procedimiento llevado a cabo ante la Hadopi, la faceta preventiva y pedagógica fue completada por una faceta represiva introducida por la Ley de 28 de octubre de 2009, más conocida como “Hadopi II”<sup>341</sup>.

Esta fase represiva del procedimiento de “respuesta graduada” se inicia una vez que las dos recomendaciones enviadas por la Hadopi se han revelado infructuosas, de manera que el acceso a Internet de un usuario sigue siendo utilizado con fines que vulneran los derechos de autor. En este caso, según lo dispuesto en el art. R. 331-40 del CPI, transcurrido un plazo de un año a contar desde la presentación de la segunda recomendación, si la Comisión de Protección de Derechos constata nuevos hechos susceptibles de constituir una “negligencia caracterizada” (infracción definida en el art. R. 335-5 CPI), informará al abonado, mediante carta certificada y con acuse de recibo, de que tales hechos pueden ser objeto de persecución, invitando al interesado a presentar sus observaciones en el plazo de 15 días o solicitar una comparecencia. La comisión, por iniciativa propia, podrá también convocar al interesado para que comparezca, en cuyo caso tendrá derecho a ser asistido por un letrado.

---

<sup>340</sup> V.-L. BENABOU, “La riposte graduée contre la contrefaçon de masse: de l’alibi pédagogique à la tentation sécuritaire”, *A & M* 2010/5-6, p. 438-449, en p. 440: “... el discurso relativo a la función pedagógica no ha sido finalmente más que una excusa para llevar a buen puerto la edificación de la respuesta graduada. Evidentemente, no hay certeza de que la aplicación de los mecanismos de respuesta graduada en los países que los han adoptado tenga finalmente el efecto disuasivo que estaba principalmente destinada a producir. Y si así fuera el caso, habría que alegrarse, ya que la aplicación espontánea de la regla jurídica por los ciudadanos por medio de su adhesión es siempre preferible a su cumplimiento coercitivo y contencioso. Por otra parte, sin adscribirse de ningún modo a la teoría del complot, conviene restablecer que la intención de partida era loable y que la vocación pedagógica de la ley no era una simple pantalla de humo destinada a camuflar las más oscuras intenciones. Sin embargo, no podemos negar tampoco que la función profiláctica de la norma a sido poco a poco dejada en el olvido dando paso a un endurecimiento indiscutible de las sanciones a las cuales se queda expuesto” (traducción propia).

<sup>341</sup> Ley n° 2009-1311 de 28 de octubre de 2009 *relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet*.

La faceta sacionadora del mecanismo de respuesta graduada se materializa así, en la creación de una nueva infracción de “negligencia caracterizada” (“*négligence caractérisée*”), que deriva de la omisión del deber de vigilancia del uso que se le da a la conexión a Internet<sup>342</sup>. En otras palabras, consiste en que el titular de un servicio de acceso en línea haya faltado, sin motivo legítimo y de forma reiterada, a la obligación de asegurar su conexión a Internet, y ello a pesar de las sucesivas advertencias procedentes de la Comisión de Protección de Derechos. Mediante la creación de esta nueva infracción, se cumple la finalidad que desde un principio el legislador tenía: suavizar la respuesta a las infracciones de derechos cometidas por los particulares mediante los intercambios de obras y prestaciones protegidas por medio de las redes *peer-to-peer*<sup>343</sup>. En efecto, en virtud del principio de igualdad ante la Ley penal, el aligeramiento de la sanción no podía realizarse sino creando una infracción nueva, diferente del delito *decontrefaçon*. De esta forma, la sanción no deriva realmente de la realización de un acto de explotación, sino que se desencadena por la falta de vigilancia de la conexión a Internet, al dejar que ésta sea empleada con fines que vulneran los derechos de autor. El fundamento de esta nueva “falta” no es la vulneración de derechos propiamente dicha, sino la omisión del deber de vigilancia de la conexión a Internet. La *contravention de négligence caractérisée* se fundamenta, por tanto, en la responsabilidad del “guardián” de la línea que, por su negligencia caracterizada, habría dejado que por medio de su acceso a Internet se cometan violaciones al derecho exclusivo. De esta manera, se ofrece una alternativa para que dichas prácticas puedan sustraerse del derecho común de la *contrefaçõncuyas* sanciones, potencialmente muy duras (si bien su aplicación fue bastante moderada), gozaban de mala prensa y se habían revelado inadaptadas a las infracciones en masa cometidas por los internautas<sup>344</sup>. En este

---

<sup>342</sup>La obligación de vigilancia a cargo del titular de una línea de conexión a internet no era, sin embargo, nueva. El antiguo artículo L. 335-12 del CPI, cuyo origen databa de la Ley de 1 de agosto de 2006, ya rezaba lo siguiente: “el titular de un acceso a servicios de comunicación al público en línea ha de velar por que dicho acceso no sea utilizado con fines de reproducción o de representación de las obras del espíritu sin la autorización de los titulares de derechos”. Sin embargo, tal obligación no se acompañaba de ninguna regla complementaria que sancionase específicamente esa omisión de la obligación, de manera que nada impulsaba a respetarla. La Ley de 28 de octubre de 2009 ha venido así a dotar de eficacia la obligación de velar por la buena utilización de la línea que da acceso a Internet.

<sup>343</sup>En la práctica, se pasa de una conducta que constituía un delito, a una *contrevention de la cinquième classe*. La *contravention* vendría a ser el equivalente de un delito leve en la legislación penal española. Existen cinco clases de *contravention* en el Código Penal francés, siendo la de quinta clase la más elevada.

<sup>344</sup> L. MARINO, “La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite HADOPI 2)”, *D.* 2010, p. 160: “En el fondo, se trata aquí de luchar contra las infracciones de derechos sin las armas clásicas de la *contrefaçon*: estas han resultado ineficaces en la

sentido, la pena pecuniaria susceptible de ser impuesta a título de la contravención de negligencia caracterizada, puede elevarse a una cuantía de 1500 euros, siendo así infinitamente más ligera que aquella a la que se exponía el internauta en base al delito de *contrefaçon*.

En un principio, la *contravention pour négligence caractérisée* estuvo dotada también de una pena complementaria de suspensión del acceso a Internet. Pero una vez más, fue suprimida por el Decreto n° 2013 de 8 de julio de 2013<sup>345</sup>. Considerando que el acceso a Internet es una emanación de la libertad de comunicación, la pena complementaria de suspensión del acceso a un servicio de comunicación en línea por una duración mínima de un mes fue calificada como “inadaptada” por varias instancias, entre ellas por el Ministerio de Cultura. En realidad, desde que fue instaurada en 2010, sólo en una ocasión el Tribunal de Instancia de Saint-Denis la había aplicado. No obstante, el arsenal represivo contra las descargas ilegales sigue dotado de una pena de suspensión de la conexión a Internet aplicable al delito de *contrefaçon*, de una duración máxima de un año, acompañada de la interdicción de suscribir, durante este período otro contrato que tenga por objeto un servicio de la misma naturaleza a cargo de otro operador (art. L. 335-7 CPI).

**165.** En efecto, y a pesar de que los actos de infracción de derechos realizados por los usuarios de las redes *peer-to-peer* hayan tratado de ser reconducidos hacia el sistema de “respuesta graduada”, las leyes Hadopi han dejado la puerta abierta a la aplicación del delito de *contrefaçon* a estos comportamientos. Nada impide que ambas infracciones, juzgadas distintas por el *Conseil Constitutionnel*, se acumulen si las circunstancias se prestan. En consecuencia, es posible entablar un proceso de *contrefaçcon* de modo paralelo a la incoación del procedimiento de advertencias ante la Hadopi. La diferencia es que el procedimiento de respuesta graduada se dirige hacia el titular del acceso – puesto que es éste quien puede ser vigilado a través de su dirección IP – mientras que las sanciones de *contrefaçcon* pueden dirigirse tanto al abonado como al que materialmente comete la infracción.

---

práctica” (traducción propia). Más adelante, la autora afirma igualmente que “la *contrefaçcon* es un delito apropiado a la gravedad de una delincuencia profesional y lucrativa” (traducción propia).

<sup>345</sup>Decreto n° 2013-596 du 8 juillet 2013 *supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public*; JO 9 juill., J. DALEAU, “HADOPI: allègement de la répression”, *Dalloz Actualité*, 10 juin 2013.

166. Transcurrida una década desde su entrada en vigor, la “respuesta graduada”, no parece haber cumplido todos los efectos deseados<sup>346</sup>. Por un lado, la respuesta graduada se ha saldado con un número muy bajo de condenas ya que, en la práctica, la tercera fase del procedimiento ha quedado reservada a los casos especialmente graves<sup>347</sup>. Se observa así una reticencia por parte del Juez a condenar los actos de puesta a disposición de obras por parte de los simples internautas que no persiguen ninguna finalidad comercial, y cuando éstos son sancionados, el importe de las condenas suele ser simbólico. Ciertamente, el objetivo primordial no era el de agotar el sistema de advertencias y emprender las sanciones penales, sino “educar” al internauta. La experiencia muestra que, incluso mediante la instauración de un mecanismo adaptado, sancionar a los internautas que ponen en línea contenidos sin autorización equivale a emprender una batalla muy compleja y difícil de ganar, y que no hace sino alimentar la crisis de legitimidad que atraviesa la disciplina<sup>348</sup>. Como afirma V.-L. BENABOU, “dirigirse contra aquellos mismos que son sus aliados de siempre, perseguir al *amateur*, levantarse contra el público no puede hacerse, a nivel social, sin rechinamiento de dientes y, a nivel jurídico, sin replantearse los fundamentos jurídicos que gobiernan la relación entre el autor y el usuario”.

Es cierto que muchos internautas no han sido indiferentes al envío de recomendaciones de la HADOPI. Sin embargo, no se puede afirmar con certeza que la disminución de las descargas ilegales por medio de las redes *peer-to-peer* en Francia haya procedido de una verdadera toma de conciencia por parte de los internautas del carácter nocivo de sus conductas, ni tampoco del miedo a la represión. Apunta más bien como factor decisivo la diversificación de la oferta ilegal (principalmente, el *streaming* y las descargas directas), así como, en algunos sectores culturales, la existencia de una atractiva oferta legal en línea a un coste relativamente asequible.

Por otra parte, el fracaso del mecanismo de respuesta graduada se debe a la incapacidad de hacer frente a ciertas limitaciones de orden técnico, ya que existen diversas técnicas que permiten a los usuarios cambiar u ocultar su dirección IP (por

---

<sup>346</sup> P. LESCURE, *Mission “Acte II de l’exception culturelle”. Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique*, mai 2013.

<sup>347</sup> Rapport HADOPI, 2015-2016, p. 84.

<sup>348</sup> V.-L. BENABOU, “La riposte graduée contre la contrefaçon de masse: de l’alibi pédagogique à la tentation sécuritaire”, *A & M* 2010/5-6, p. 438-449, p. 438. En el mismo sentido, en la p. 441: “... esta caza del infractor ha levantado olas de protestas y llevado a los titulares de derechos a cumbres de impopularidad que les han conducido a abandonar esta estrategia dura” (traducción propia).



ejemplo, utilizando un VPN), con lo que la detección de la infracción se hace prácticamente imposible. Además, el dispositivo se ha revelado incompleto ya que no permite sancionar el *streaming*<sup>349</sup> ni las descargas directas, de manera que muchos usuarios, que temen ser descubiertos, podrán emigrar hacia este tipo de prácticas.

**167.** Teniendo en cuenta la necesidad de aportar soluciones a estos nuevos usos, el proyecto de ley relativo a la comunicación audiovisual<sup>350</sup> ha anunciado la fusión de la HADOPI y el *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA) para crear una nueva autoridad: la *Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* (ARCOM). A este cambio orgánico se suma una reorientación de las políticas de lucha contra las infracciones de derechos en línea hacia los sitios web de *streaming*, de descargas directas o de listados de enlaces que obtienen beneficios derivados de la difusión de obras infringiendo los derechos de los creadores. En particular, el proyecto de Ley confía a la ARCOM la misión de establecer, tras un procedimiento contradictorio, una lista de las páginas que infringen de manera grave y repetida el derecho de autor y los derechos vecinos. Dicha lista pretende dotar de seguridad a las acciones de autorregulación por parte de diversos intermediarios<sup>351</sup> (actores de la publicidad, empresas de pagos electrónicos o motores de búsqueda). Además, podrá ser igualmente invocada por los titulares de derechos para apoyar las acciones judiciales. Se prevé, asimismo, la creación de un dispositivo específico de medidas urgentes para hacer frente a la piratería de competiciones deportivas. El mismo tiene en cuenta la urgencia inherente a las retransmisiones audiovisuales en directo de las competiciones deportivas (*live streaming*), en donde el perjuicio para los titulares de derechos es instantáneo. Por último, el proyecto de ley pretende ofrecer una solución para los “sitios espejo”<sup>352</sup>. A estos fines, la ARCOM aparece investida del poder de solicitar el bloqueo o la retirada de la página de resultados del motor de búsqueda de un sitio declarado ilícito por medio de una decisión judicial previa.

**168.** El mecanismo de “respuesta graduada” sigue, no obstante, en vigente. El proyecto de reforma de la ley relativa a la comunicación audiovisual ha anunciado la introducción de una serie de modificaciones destinadas a mejorar la eficacia del

---

<sup>349</sup> Con excepción de algunos sitios de falso *streaming* que, en realidad, conectan al internauta a una red *peer-to-peer* y que por ello los usuarios sí corren el riesgo de ser descubiertos.

<sup>350</sup> Proyecto de Ley n° 2488, *relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère du numérique*, AN, 15<sup>ème</sup> législature, registrado el 5 de diciembre de 2019.

<sup>351</sup> Vid. *infra*, n° 569 y s.

<sup>352</sup> Vid. *infra*, n° 368.

procedimiento (en especial, la posibilidad de solicitar la intervención de la ARCOM por los autores individuales y la mención del nombre de la obra descargada en las “recomendaciones” dirigidas a los titulares de la conexión a Internet). En todo caso, se aprecia un cambio de orientación por parte del legislador francés para dirigir, en adelante, la mirada hacia una mayor sanción de los profesionales, es decir, de aquellos que proceden a la realización de infracciones de derechos en el marco de una actividad económica. Esta es la vía por la que se decantó el legislador español en 2011, instaurando un procedimiento administrativo destinado a ordenar el cierre de las páginas web que ofrecen contenidos de manera ilegal, en lugar de dirigirse hacia los usuarios de tales servicios. Esta determinación por luchar contra la piratería “profesional” o “comercial” ha pasado por un importante refuerzo de las sanciones contra las infracciones indirectas del derecho exclusivo en la legislación española.

## **§2. La sanción de las violaciones indirectas del derecho exclusivo**

**169.** Frente al fenómeno de las infracciones masivas de los derechos de autor en las redes digitales cometidas por los particulares, el legislador español se vio asimismo obligado a emprender una serie de reformas legislativas de envergadura con el fin de reforzar la eficacia de su protección jurídica. A diferencia del legislador francés, los esfuerzos no han concentrado aquí apenas en la represión de los actos cometidos por simples particulares, sino que la prioridad se ha situado en la sanción de aquellos sujetos que desarrollan una actividad de tipo comercial a través de la circulación no autorizada de las obras protegidas<sup>353</sup>. La finalidad consiste en solucionar el problema de la puesta a disposición no autorizada desde la raíz, imposibilitando la continuidad de los modelos de negocio articulados en torno la difusión ilegal de las obras. El eje de la intervención fue puesto, por tanto, en los responsables de servicios de la sociedad de la información.

---

<sup>353</sup>J.-J. TIRADO ESTRADA, “Los delitos contra la propiedad intelectual tras la reforma del Código penal de 2015”, in A. FAYOS GARDÓ y B. ANDRÉS SEGOVIA (coord.), *La propiedad intelectual en la era digital*, Dykinson, 2016, p. 369: “[...] el conflicto entre creadores e industrias intelectuales y usuarios es en realidad artificioso en cuanto se muestra frecuentemente animado y alimentado en gran medida por los grandes beneficiarios económicos, determinados intermediarios tecnológicos que sin escrúpulos y movidos por intereses económicos espurios utilizan a los consumidores de productos culturales, la publicidad y la venta de sus datos personales para obtener ingentes ingresos que engrosan un fenómeno sin réditos contributivos para la sociedad y claramente perjudiciales para la economía y el sostenimiento de la riqueza y el Estado del bienestar”.

En este sentido, la medida por antonomasia para hacer frente a la piratería digital en España se ha identificado con la introducción de un procedimiento específico de tipo administrativo, y dirigido contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información<sup>354</sup> en la Ley 2/2011 de *Economía Sostenible* (más conocida como “Ley Sinde”)<sup>355</sup>. El blanco de la mencionada Ley eran las páginas web que ofrecen enlaces hacia contenidos puestos en línea ilegalmente, muchas de las cuales se escudaban en el hecho de que eran los usuarios quienes actuaban como proveedores de dichos enlaces. Sin embargo, el Derecho Español adolecía de un problema de fondo cual era la inexistencia de mecanismos de imputación de la responsabilidad indirecta<sup>356</sup>. De manera que, para no privar de gran parte de sus efectos al procedimiento de restablecimiento de la legalidad desarrollado ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (B), ha sido necesario aclarar, matizar o puntualizar lo que ha de entenderse por “legalidad” (A).

#### **A. La evolución del marco normativo para el establecimiento de la legalidad**

**170.** El procedimiento de tipo administrativo ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual tenía como objetivo “restablecer” la situación de legalidad. No obstante, la distinción entre ilegalidad y legalidad con respecto a ciertas

---

<sup>354</sup>En realidad, el punto de mira de este procedimiento se situaba en las páginas web que proporcionan enlaces hacia obras puestas a disposición en los servidores de descarga o en las redes *peer-to-peer*, pues éste era uno de los usos vulneradores de los derechos de propiedad intelectual que más habían proliferado en el territorio español.

<sup>355</sup> Concretamente, el “procedimiento de restablecimiento de la legalidad” fue introducido por la disposición 43 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*.

<sup>356</sup>El elemento desencadenante de la protección administrativa debía consistir en una vulneración de la propiedad intelectual, sin embargo, la ley había dejado intactas las disposiciones del TRLPI que habían permitido a numerosos jueces y tribunales llegar a la conclusión de que los enlaces no constituyen infracción directa de dicha norma. En este sentido R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La nueva Ley de Propiedad Intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.8/2014, parte Comentario (BIB 2014/3954): “Las modificaciones introducidas en su día por la llamada Ley Sinde (disposición final 43 de la Ley 2/2011) para reforzar la defensa de la propiedad intelectual frente a las infracciones de la misma en el entorno digital se han revelado insuficientes. De ahí el propósito de mejorar la eficacia de nuestra Ley de Propiedad Intelectual en este punto. A tal efecto, se introduce un nuevo párrafo en el artículo 138 –que es el que expone con carácter general las posibles acciones que cabe ejercer para la mencionada defensa– con el fin de considerar también responsables de la infracción a quien induzca a ella, a quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios suficientes para conocerla, y a quien, teniendo un interés directo en los resultados de la conducta infractora, tenga capacidad de control sobre ella. A tal efecto se modifica la LEC para facilitar la solicitud de medidas preliminares encaminadas a obtener información necesaria a la hora de interponer demandas frente a los hipotéticos responsables de las infracciones. A tal efecto también, se refuerzan las competencias de la Sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, especialmente frente a las infracciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información”.

conductas como el establecimiento de enlaces era difusa por la ausencia de mecanismos para sancionarlas.

Las reformas operadas en 2014<sup>357</sup> y 2015<sup>358</sup> han confirmado en Derecho Español la dificultad de emprender acciones legales contra los particulares para poder remediar a las infracciones cometidas en la red (1), toda vez que se han introducido mecanismos exhaustivos de imputación de la responsabilidad indirecta (2).

### ***1. La dificultad de emprender acciones legales contra los particulares***

**171.** Las reformas recientes llevadas a cabo en España para adaptar la legislación a los actos de difusión masiva y no autorizada en Internet han intervenido en un contexto de sobreprotección del internauta que comparte en Internet obras y prestaciones protegidas por un derecho de propiedad intelectual. A pesar de que la jurisprudencia española no ha dudado en calificar los actos cometidos por los usuarios de las redes de intercambio de archivos como actos de reproducción y de comunicación pública, la posibilidad de sancionarlos se ha visto imposibilitada por diversos factores, y ello tanto en la vía penal (a) como civil (b).

#### **a. La exclusión de la responsabilidad penal del internauta**

**172.** La vía penal ha quedado totalmente vedada en lo que se refiere a la persecución de los particulares que infringen los derechos de autor en Internet. Ello se debe a que el tipo básico, contenido en el art. 270.1 del Código Penal exige que la conducta, para ser considerada como delito, revista un carácter lucrativo o comercial. En su versión aprobada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, el artículo 270.1 del Código Penal exigía que la conducta fuese realizada “con ánimo de lucro”. Ciertamente es que, interpretada ampliamente, esta expresión podría haberse entendido, con respecto a aquel que descarga, como el hecho de obtener una ganancia indirecta, equivalente al coste que hubiera tenido que pagar por acceder legalmente a la obra. Para

---

<sup>357</sup> Ley 21/2014 de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>358</sup> Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal.

los titulares de derechos no cabe duda de que ello supone una falta de ingresos, representando de esta manera un perjuicio patente para los mismos<sup>359</sup>. Sin embargo, la Circular 1/2006<sup>360</sup> *acerca de los Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial*, emitida tras la Reforma de la Ley Orgánica 15/2003 confirmó la voluntad de restringir la vía penal a los casos de explotación económica, estableciendo con respecto al usuario que difunde obras en Internet que “quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil”.

**173.** Con la reforma del Código Penal operada en 2015, el elemento subjetivo relativo al ánimo de lucro ha sido sustituido en todas las modalidades típicas por el “ánimo de obtener un beneficio económico de carácter directo o indirecto”. La expresión, de carácter más amplio que la anterior, podía llevarnos a la conclusión de que al emplear la noción de “beneficio económico indirecto”, el legislador habría optado finalmente por incluir dentro del ilícito penal las conductas de aquellos que, por acudir al mercado ilegal, se ahorran el coste del acceso legal a la obra. Nuevamente, una Circular la Fiscalía General del Estado de 2015 ha aclarado que la aplicación del precepto se circunscribe a aquellas actividades con las que se pretende obtener una rentabilidad económica, “más allá del mero aprovechamiento o satisfacción personal”. En consecuencia, queda excluida de sanción penal la actividad de los meros usuarios que acceden a las obras o prestaciones protegidas de forma irregular, ya que los mismos no llevan a cabo ningún tipo de explotación económica<sup>361</sup>. Con ello, la piratería

---

<sup>359</sup> C. BERNAULT y A. LEBOIS, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique*. [Research Report] Université de Nantes. 2005, nº 19, p. 12.

<sup>360</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 1/2006, *Delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003*.

<sup>361</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 8/2015, *sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*, p. 17. Y seguidamente, en las páginas 19-20: “...el beneficio podrá obtenerse de manera directa o indirecta, pero siempre se referirá a una ganancia o ventaja distinta del mero ahorro del precio por el disfrute de la obra o prestación, y obtenida a escala comercial, esto es, mediante una actividad orientada a esta finalidad”; p. 64: “Para la concurrencia de este elemento, el beneficio derivado de la actividad ilícita puede obtenerse bien directamente -a través de contraprestaciones económicas por cada acto de descarga o acceso irregular a obras protegidas- o bien indirectamente -mediante ganancias obtenidas por publicidad, por la comercialización de los datos de los usuarios u otros medios-. La interpretación que la Circular 1/2006 hace del lucro comercial alcanza, por tanto, a los supuestos en que el

doméstica queda exenta de carácter delictivo en España, a diferencia de cuanto ha ocurrido en Francia, ya que los tipos penales se han centrado y se centran, únicamente, en la llamada piratería comercial. A esta imposibilidad de ejercer la vía penal contra los internautas se le han añadido una serie de deficiencias de la vía civil.

#### **b. Las deficiencias de la vía civil**

**174.** El legislador español ha descartado la vía penal para los usuarios de los programas que permiten el intercambio de archivos. Ahora bien, el hecho de no cometer un ilícito penal no significa que tampoco lo cometan civilmente. En este sentido, varios han sido los intentos de perseguir judicialmente a los usuarios de las redes *peer-to-peer* por esta vía. Los mismos, sin embargo, han resultado infructuosos por la reticencia de los tribunales a ordenar la identificación de los usuarios. En efecto, el anonimato que Internet facilita, impide algo tan simple como es conocer la identidad del infractor, de forma que ello impide entablar cualquier acción en su contra. Todo lo más que un titular de derechos puede conocer de una persona que está intercambiando obras protegidas por medio de las redes *peer-to-peer* es su dirección IP. Pero este dato no permite por sí mismo conocer la identidad de la persona si no es solicitando a los proveedores de servicios de acceso Internet su concreta identificación, y de esta identificación depende la posibilidad de iniciar un procedimiento civil. Diversos factores han coadyuvado en minar toda posibilidad de conocer la identidad del titular de una dirección IP u otros extremos relativos al demandado: de un lado, la irrupción de ciertos derechos como el derecho a la intimidad y a la protección de datos<sup>362</sup>, que en la práctica se han erigido como límites externos al derecho de propiedad intelectual; de otro lado, la carencia de instrumentos procesales específicamente concebidos para el entorno digital<sup>363</sup>.

**175.** En todo caso, no han faltado intentos de lograr la reparación del daño por la vía civil dirigiéndose contra los usuarios de las redes *peer-to-peer*. En varias ocasiones, los titulares de derechos han promovido diligencias preliminares con el fin de lograr que

---

beneficio económico aparece como el resultado de la actividad ilícita analizada en su conjunto, con independencia de que los accesos irregulares a contenidos no sean remunerados”.

<sup>362</sup>La dirección IP tiene la consideración de dato de carácter personal.

<sup>363</sup>A. CASTÁN, “El nuevo régimen de diligencias preliminares en Propiedad Intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital”, in J.-P. APARICIO VAQUERO (coord.), *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016, p. 121-153, en p. 129.

se ordenase a las compañías telefónicas la revelación de la identidad de determinadas personas que utilizaban un servicio de intercambio de archivos, a las que prestaban servicios de conexión a Internet, y de las cuales se conocía la dirección IP, así como la fecha y hora de conexión. Sin embargo, las demandas dirigidas a los proveedores de acceso a Internet han resultado infructuosas, ya que éstos se han negado sistemáticamente a facilitar los datos que permiten levantar el anonimato de la persona que se encuentra detrás de una dirección IP. Esta negativa dio lugar a una importante cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo mercantil nº 5 de Madrid ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Promusicae*<sup>364</sup>. En ella, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si el Derecho comunitario<sup>365</sup> debe interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a imponer el deber de comunicar datos personales en el marco de un procedimiento civil con objeto de garantizar una protección efectiva de los derechos de autor. Por medio de su Sentencia de 29 de enero de 2008, el Tribunal de Justicia afirmó que las directivas comunitarias sobre comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE), armonización de derechos de autor y afines en la sociedad de la información (Directiva 2001/29/CE), respecto de derechos de propiedad intelectual (Directiva 2004/48/CE) y la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva 2005/58/CE), "no contienen disposiciones que obliguen a interpretar que las Directivas mencionadas obligan a los Estados miembros a imponer el deber de comunicar datos personales en el marco de un procedimiento civil"<sup>366</sup>. La respuesta del Tribunal de Justicia es, por tanto, más bien "neutra"<sup>367</sup>, ya que si bien afirma que el derecho comunitario no impone la obligación de que un intermediario técnico proceda a la comunicación de datos en un procedimiento civil, tampoco afirma que dicha comunicación se encuentre prohibida.

---

<sup>364</sup> STJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Promusicae y Telefónica*: CCE 2008, comm. 32, nota Ch. Caron; CCJC nº 77, 2008, p. 1055-1071, comentario R. Bercovitz.

<sup>365</sup> Especialmente las Directivas 2000/31/CE sobre comercio electrónico, 2001/29/CE armonización de derechos de autor y afines en la sociedad de la información y 2004/48/CE, respecto de derechos de propiedad intelectual, leídas también a la luz de los artículos 17 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>366</sup> Apartado nº 60 de la STJUE de 29 de enero de 2008, *Promusicae y Telefónica*, anteriormente citada.

<sup>367</sup> Ch. CARON, "La communication de données personnelles dans le cadre d'une procédure civile à l'aune du droit communautaire", CCE 2008, comm. 32; J. LÓPEZ RICHART, "El ejercicio de acciones civiles frente a los usuarios de redes P 2P antes y después de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre", in J.P. APARICIO VAQUERO (coord.), *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016, p. 343-398, en p. 363: el autor señala la "posición ambigua" del Tribunal de Justicia.

En todo caso, el Tribunal de Justicia estima que en este supuesto existe una colisión entre diferentes derechos fundamentales: la protección del derecho a la propiedad y a la tutela judicial efectiva, de un lado; y la protección del derecho a la intimidad, por otro. Pero en lugar de proporcionar las claves para solucionar dicho conflicto, el TJUE afirma que corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a las Directivas citadas, procurar basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario<sup>368</sup>. En consecuencia, cada Estado miembro es libre de prever o no, en el marco de un procedimiento civil, la obligación a cargo de los proveedores de un servicio de acceso a Internet de facilitar la identidad de la persona que se encuentra detrás de una dirección IP.

**176.** La principal conclusión que hay que extraer de esta sentencia es que el Derecho de la Unión Europea en materia de protección de datos no representa en sí mismo un obstáculo a la imposición del deber a cargo de los proveedores de acceso a Internet de comunicar los datos de sus usuarios en el curso de un procedimiento civil<sup>369</sup>. Pero todo ello tiene que hacerse respetando el justo equilibrio entre el derecho de autor y el derecho a la intimidad y a la protección de datos, equilibrio cuya determinación incumbe a las autoridades nacionales.

**177.** Como no podría ser de otro modo, la posición ambigua del TJUE condujo a soluciones dispares en los distintos Estados miembros de la Unión Europea. En efecto, mientras que el artículo 6-II de la Ley n° 2004-575 *pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN) de 21 de junio de 2004 en Francia impone a los proveedores de acceso a Internet la obligación de conservar los datos que permitan la identificación de cualquiera que haya contribuido a la creación de un contenido de los servicios que

---

<sup>368</sup> Apartado n° 68 de la STJUE de 29 de enero de 2008, *Promusicae y Telefónica*, anteriormente citada.

<sup>369</sup> Vid. para una confirmación de la doctrina sentada en el asunto *Promusicae* el Auto TJUE (Sala Octava) de 19 de febrero de 2009, asunto C-557/07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*. En el apartado 41, el TJUE puntualiza que al declarar, en el apartado 70 de la sentencia *Promusicae*, que las Directivas 2000/31, 2001/29, 2002/58 y 2004/48 no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil, el Tribunal de Justicia no excluyó de entrada la posibilidad de que los Estados miembros establecieran, en aplicación del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2004/48, un deber de información con respecto al proveedor de acceso a Internet.



prestan<sup>370</sup>, en España, el equilibrio entre el derecho a la protección de datos y el derecho de autor ha sido resuelto a favor del primero de ellos<sup>371</sup>. El usuario de la red ha visto así su posición reforzada para cometer infracciones, sin miedo a que su identidad sea revelada, y su conducta perseguida. Los Tribunales españoles han entendido que no existe en el Derecho español una obligación legal de conservar esa información, y menos aún de cederla a terceros con el fin de preparar una eventual acción en la vía civil. Para llegar a esa conclusión se han apoyado en dos argumentos.

**178.** El primero se basa en que la Ley 25/2007 de 18 de octubre *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*<sup>372</sup> sólo contempla de manera expresa el deber, a cargo de los operadores de telecomunicaciones, de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cederlos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Partiendo de que en el Derecho español la conducta de quienes recurren a las redes *peer-to-peer* para intercambiar archivos con contenidos protegidos por derechos de autor o derechos a afines ni siquiera tiene la consideración de delictiva por las razones anteriormente citadas<sup>373</sup>, algunas decisiones judiciales encontraron apoyo en la Ley de conservación de datos para denegar a los titulares de derechos de propiedad intelectual la posibilidad de requerir a los proveedores de acceso a Internet que revelasen la identidad de sus usuarios en el marco de un procedimiento civil. Cabe citar, entre otros, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de febrero de 2010<sup>374</sup>. De la lectura de los

---

<sup>370</sup> También el art. L. 331-21 en cuanto al procedimiento ante la HADOPI el cual habilita a los agentes acreditados a obtener de los operadores de comunicaciones electrónicas la identidad, dirección postal, dirección de correo electrónico, etc.

<sup>371</sup> El Juzgado de lo Mercantil que planteó la cuestión prejudicial desestimó desestimó la petición formulada por *Promusicae* y el precedente jurisprudencial comunitario pasó a engrosar el capítulo de factores adversos a invocar por los tribunales nacionales como pretexto para negar la cesión de estos datos por parte de las operadoras telefónicas.

<sup>372</sup> Esta Ley establece la regulación de las obligaciones de los operadores de telecomunicaciones en cuanto a la retención de datos generados o tratados con la prestación de sus servicios. Se trata de la transposición de la Directiva 2006/24 de 15 de marzo sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

<sup>373</sup> *Vid. supra* nº 172 y s.

<sup>374</sup> El AAP Madrid (Sección 28ª) de 19 de febrero de 2010 (JUR 2010/133094) deniega la práctica de las diligencias preliminares al entender que la cesión de datos requerida sólo puede tener lugar con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves, todo ello en aplicación de los artículos 1 y 6 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas

artículos 1 y 6 de la Ley 25/2007, la Audiencia Provincial deduce que dicha Ley “no puede ofrecer el menor atisbo de duda sobre la imposibilidad de requerir a las entidades prestadoras del servicio de Internet para que cedan sus datos para finalidades distintas de las previstas en la ley, en este caso para promover un litigio civil sobre infracciones de propiedad intelectual”. Corresponde, en este sentido, al legislador establecer expresamente en qué casos está justificada la comunicación de los datos retenidos. El mismo argumento ha sido empleado en otros Autos de las Audiencias Provinciales de Madrid y de Barcelona<sup>375</sup>.

**179.** Sin embargo, es preciso señalar que ésta no es la única interpretación posible de la Ley de conservación de datos. El objeto principal de la Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo – de la cual emana la Ley 25/2007 – era garantizar que ciertos datos generados o tratados por los prestadores de servicios de comunicaciones estuvieran a disposición de las autoridades nacionales con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves en todo el territorio de la Unión Europea. La posibilidad de que los prestadores de acceso a Internet estuvieran obligados a conservar datos del tráfico para fines distintos a la investigación de delitos graves es algo que, en definitiva, quedaba fuera de su ámbito de aplicación. Así lo ha confirmado el TJUE en su sentencia de 19 de abril de 2012<sup>376</sup>. El Tribunal de Justicia afirma así que las obligaciones impuestas por la Directiva 2006/24/CE no excluyen la posibilidad contemplada por el art. 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE de que los Estados miembros puedan imponer, además, una obligación de conservar y revelar los datos que

---

y a las redes públicas de comunicaciones, por la que se transpone la Directiva 2006/24/CE. Como acertadamente señala el auto apelado el artículo 1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, antes citada, establece: “Esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales”. Añadiendo el artículo 6 que: “Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial”.

<sup>375</sup>AAP de Madrid (Secc. 28ª) de 12 de abril de 2010 (AC 2010/1001) y de 12 de noviembre de 2010 (AC 2010/2305); y AAP de Barcelona (Sección 15ª), de 10 diciembre de 2009 y de 15 de diciembre de 2009.

<sup>376</sup>STJUE (Sala 3ª) de 19 de abril de 2012, asunto C-461/10, *Bonnier Audio*. El TJUE entiende que “la Directiva 2006/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de una normativa nacional, basada en el artículo 8 de la Directiva 2004/48 que, a efectos de la identificación de un abonado a Internet o de un usuario de Internet, permite que se requiera judicialmente a un proveedor de acceso a Internet para que comunique al titular de un derecho de autor o a su causahabiente la identidad del abonado a quien se ha asignado una determinada dirección IP que supuestamente ha servido para la vulneración de dicho derecho, puesto que tal normativa es ajena al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2006/24”.

permitan la identificación del infractor en el curso de un proceso civil, siempre y cuando ello sea el resultado de un justo equilibrio entre la protección del derecho de autor y el derecho a la protección de datos<sup>377</sup>.

**180.** El segundo problema que se planteaba en el ordenamiento español era que resultaba difícil encontrar un apoyo normativo expreso a esa obligación de los proveedores de acceso a Internet de ceder los datos de sus usuarios en el marco de un procedimiento civil. En consecuencia, el segundo argumento en el que se habían venido basando los tribunales españoles para rechazar la pretensión de los titulares de derechos dirigida a los proveedores de acceso a Internet para que identificasen a los usuarios que presuntamente habían vulnerado derechos de propiedad Intelectual en el ámbito digital era la ausencia de un recurso procesal adecuado que sirviera para amparar dicha pretensión<sup>378</sup>. En efecto, las diligencias preliminares promovidas se apoyaban en el art. 256.1. 7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) cuya redacción anterior a la reforma operada en 2014, exigía que la infracción hubiera sido cometida por “actos desarrollados a escala comercial”<sup>379</sup>. Un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 2009<sup>380</sup> vino a señalar que estas diligencias no son aplicables a los usuarios de redes de intercambio *peer-to-peer* porque estos actos no se llevan a cabo

---

<sup>377</sup>El TJUE aplica el estándar del «justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales» para concluir la compatibilidad con el Derecho comunitario del art. 53 de la Ley sueca sobre los derechos de autor, que permite recabar de los proveedores de acceso a Internet la identidad de sus usuarios en el curso de un procedimiento civil por vulneración de los derechos de autor siempre que se den tres condiciones: primera, que el demandante presente indicios reales de que se ha vulnerado un derecho de propiedad intelectual; segunda, que la información requerida pueda ayudar a la investigación de la vulneración o infracción de los mismos; y tercera, que el fin perseguido sea más importante que el daño o perjuicio que se pueda causar a la persona afectada o a otros intereses contrapuestos, lo que permite al órgano jurisdiccional ponderar los intereses contrapuestos existentes.

<sup>378</sup>El sistema procesal civil español no contempla una fase previa al proceso semejante a la instrucción penal, sino que impera en él el principio de que son las partes las que han de aportar los datos fácticos sobre los que se sustentan sus pretensiones. No obstante, llevado a sus últimas consecuencias, este principio podría provocar la indefensión de quien pretende iniciar un procedimiento civil pero no se halla en condiciones de obtener por sus propios medios determinada información de carácter procesal o sustantivo que resulta necesaria para comenzar un proceso o para garantizar el éxito de la pretensión que vaya a ejercitarse, lo que sucede generalmente cuando aquélla se encuentra en poder de un tercero y éste se niega a facilitarla al futuro demandante. Por esta razón, con el nombre de “diligencias preliminares”, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla una serie de supuestos en los que quien pretende interponer una demanda puede, con carácter previo, recabar el auxilio de la autoridad judicial con el fin de obtener cierta información necesaria para la adecuada constitución de la relación jurídico-procesal, siempre que concurren los requisitos que con carácter general establece el art. 258.1 LEC: justa causa, interés legítimo y adecuación de la medida al fin perseguido.

<sup>379</sup>En el ordinal 8º se aclaraba que a los efectos de los números 7º y 8º de este apartado se entiende por actos desarrollados a escala comercial “aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos”.

<sup>380</sup>AAP de Barcelona (Sección 15ª) de 15 de diciembre de 2009, recurso nº 369/2009 (Roj: AAP B 9428/2009).

“a escala comercial”. Pese a la magnitud de las cifras que la totalidad de los intercambios ocasionan a la industria de contenidos digitales, “no consta que a través de dichos intercambios se hayan realizado actos de comercio sino más bien lo que existen son intercambios de archivos entre particulares, que nada se cobran por ello”, y por lo tanto esos supuestos actos infractores no encajaban en el art. 256.1. 7º LEC.

**181.** Con el fin de colmar estas deficiencias, la Ley 21/2014<sup>381</sup> introdujo una serie de modificaciones en el ámbito de las diligencias preliminares. Además de la modificación del subapartado 7º del art. 256.1 LEC – el cual se convierte en la diligencia de carácter general en materia de propiedad intelectual – añade dos nuevos subapartados, el 10º y el 11º, introduciendo de esta forma unas diligencias preliminares específicas para tratar las infracciones que tienen lugar en el entorno digital<sup>382</sup>. Ambas se presentan como una solución destinada a poner fin a la enorme dificultad que presenta, en numerosas ocasiones, la correcta determinación de los elementos esenciales del proceso, y principalmente la precisa identificación de los sujetos contra los que se pretende dirigir la acción civil por infracción de derechos de propiedad intelectual, ya sean simples particulares o profesionales.

Las diligencias preliminares previstas en los nuevos ordinales 10º y 11º del apartado 1º del art. 256 LEC aportan los mecanismos adecuados para permitir, respectivamente, la identificación del prestador de un servicio de la sociedad de la información o de un usuario de tales servicios sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala<sup>383</sup>, de manera ilícita, contenidos protegidos por la propiedad intelectual. Sin embargo, el art. 256.1. 11º LEC excluye de su ámbito de aplicación los actos realizados por “meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales”. De este modo, la norma subraya que los consumidores finales quedan exentos de responsabilidad, pero siempre que en ellos concurren dos circunstancias: que obren de buena fe – siendo éste

---

<sup>381</sup> Ley 21/2014, de 4 de noviembre, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.

<sup>382</sup> Para un estudio detallado sobre estas nuevas diligencias preliminares, *vid.* A. MONTESINOS GARCÍA, “Las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 50 (mayo-agosto 2015), p. 35-70; y G. MINERO ALEJANDRE, “Medios de tutela de la propiedad intelectual”, *in* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch reformas, 2015, p. 365-386.

<sup>383</sup> El art. 256.1. 11º LEC exige tener en cuenta “el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas”.

un concepto jurídico indeterminado – y que carezcan de ánimo de obtener un lucro de cualquier tipo. El usuario al que se refiere el artículo 256.1. 11º LEC parece encontrarse así a medio camino entre un prestador de servicios como tal, al que se refiere el ordinal 10º del mismo artículo (porque realiza específicamente alguna de las actividades enumeradas en la Ley 34/2002), y el mero consumidor final de obras o contenidos ilícitos a través de Internet. De ser esto así, y a semejanza cuanto ocurre en el ámbito penal, el Derecho civil español confirmaría la exclusión del ejercicio de acciones civiles dirigidas a los particulares que intercambian sus recursos en las redes *peer-to-peer* u otro tipo de plataformas digitales, cuando no obtienen con ello un beneficio económico o comercial<sup>384</sup>. O lo que es lo mismo, dejaría totalmente impune la “piratería doméstica” para centrarse exclusivamente en la “piratería comercial”. Sin embargo, no está del todo clara cual es la hipótesis barajada por el legislador en el mencionado artículo 256.1. 11º LEC<sup>385</sup>, en particular, cuál es el perfil del consumidor final al que el mismo se refiere. La dificultad radica ante todo en dilucidar si el ahorro correspondiente al precio que hubiera tenido que pagar el usuario si se hubiera procurado el acceso a la obra o prestación protegida por los cauces legales podría ser interpretado como una obtención de beneficios económicos o comerciales.

**182.** Tal parece ser la interpretación que la jurisprudencia reciente ha realizado del art. 256.1. 11º LEC dando lugar, por primera vez en España, a se asemeja a una gran redada contra los particulares que descargan y comparten obras por medio de las redes *peer-to-peer*. El origen se sitúa en un Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao<sup>386</sup> que acordó la práctica de diligencias preliminares por las cuales se solicitaba a un proveedor de servicios de acceso a Internet la identificación de los usuarios de la red que estaban vulnerando derechos de propiedad intelectual por medio de las descargas en las redes *peer-to-peer*. La Audiencia considera que “las diligencias solicitadas pueden tener su

---

<sup>384</sup> A pesar de que, cuando tales usuarios ponen los archivos que contienen obras y prestaciones protegidas en la carpeta compartida de su ordenador, no deberían ser considerados como consumidores finales.

<sup>385</sup> Como afirma A. MONTESINOS, “... si bien aplaudimos la mayor claridad que arroja la nueva versión de la norma, no consideramos que se haya producido un cambio sustancial en la misma pues en poco difiere la definición que proporciona la LEC de actos desarrollados a escala comercial en su artículo 256.1.8º LEC como “aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos”, de la nueva versión aportada por la reforma como “actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales”. En definitiva, la diferencia básica entre una versión y otra radica en la aclaración de que tales actos no pueden haberse realizado por consumidores finales” (A. MONTESINOS GARCÍA, “Las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual...”, *op. cit.*, p. 42).

<sup>386</sup> AAP Bilbao (Sección 4ª) de 24 de mayo de 2016 (nº de resolución 324/2016)

encaje en los apartados 10 y 11 del art. 256.1 de la LEC , siendo imprescindible la identificación de los usuarios para poder ejercitar los derechos de propiedad intelectual que ostenta la recurrente, existiendo elementos suficientes para afirmar la existencia de una infracción, puesto que se dispone de un producto de forma ilícita, y sin que puedan descartarse finalidades comerciales, si previamente no se identifica al presunto infractor”. La solicitud de diligencias preliminares destinadas a conocer la identidad de los particulares parece haber prosperado igualmente en otros puntos de España. Sin embargo, las decisiones posteriores de los Tribunales acerca de si los usuarios particulares han de ser considerados responsables de un acto de infracción derivada de tales descargas con contradictorias. En la mayoría de ocasiones ni siquiera se han entablado procesos contra los particulares, sino que los titulares de derechos se han limitado a enviarles cartas exigiéndoles el pago de una cuantía económica a cambio de evitar el proceso. Supuestos especialistas de la propiedad intelectual en la red aconsejan a quienes reciben esas cartas hacer caso omiso, argumentando que no corren ningún riesgo de ser condenados ya que el coste de emprender acciones contra miles de particulares sería muy elevado, sin ni siquiera tener certeza de que efectivamente van a ser condenados. Es posible dudar, en definitiva, de que esta medida vaya a restablecer realmente un equilibrio en las relaciones entre los titulares de derechos y los múltiples usuarios particulares que descargan y comparten contenidos en línea. Más interesante parece, en este sentido, el reconocimiento de nuevos mecanismos para imputar la responsabilidad por infracción indirecta por el legislador español.

## ***2. El reconocimiento de la responsabilidad indirecta***

**183.** A raíz las innumerables dificultades prácticas que con que se encontraban los titulares de derechos cada vez que trataban de dirigirse contra los particulares para exigir responsabilidad por los actos de descarga e intercambio de archivos no autorizados, se planteó introducir una serie de mecanismos en la legislación para imputar la responsabilidad a quienes permitían a los internautas realizar las infracciones en la red. Para un mejor entendimiento de la finalidad y alcance de los mecanismos de imputación de la responsabilidad recientemente introducidos en la legislación española (b) conviene previamente detenerse en el contexto previo que los ha motivado (a).

### a. El contexto previo

**184.** A la imposibilidad de perseguir a los particulares que llevan a cabo actos que infringen el derecho de autor se han añadido otra serie de efectos nefastos haciendo que, en España, la gran mayoría de actos de infracción de derechos de autor en Internet hayan quedado, durante mucho tiempo, impunes. Y esto era porque, al calificar los actos cometidos por los usuarios de las redes *peer-to-peer* como actos sometidos al derecho exclusivo, otros actores podían prevalerse de esta calificación para, de forma correlativa justificar un carácter pasivo o neutral, y esquivar las sanciones. El carácter activo del público ha sido, en consecuencia, ampliamente “explotado” por parte de ciertos profesionales que desarrollan modelos económicos en Internet basados en gran medida, cuando no integralmente, en la circulación de las obras sin contar con la autorización de los titulares de derechos.

**185.** Este argumento ha sido movilizad, en primer lugar, por los editores y comerciantes de un programa informático para hacer operativa una red *peer-to-peer*. En el caso juzgado por la SAP Madrid de 31 de marzo de 2014<sup>387</sup>, la Audiencia Provincial desestima la demanda contra el desarrollador informático Pablo Soto, con argumentos que hacen sobre todo referencia a la neutralidad de la herramienta tecnológica y a la inexistencia de una tipificación legal expresa en la Ley de Propiedad Intelectual de las infracciones “indirectas” o favorecedoras de la infracción realizada por terceros. El *peer-to-peer* es una herramienta tecnológicamente neutra y, por tanto, aquel que la concibe y comercializa no debería ser responsable del posible “mal uso” o de los usos infractores que de ella hagan los usuarios<sup>388</sup>. En segundo lugar, la Audiencia se pronuncia acerca de la posibilidad de imputar responsabilidad a los demandados vía infracción indirecta, afirmando que “la infracción indirecta carece de explícita regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico en lo que respecta a la propiedad intelectual en sentido estricto [...]”. En consecuencia, el tercero contribuyente no estaría

---

<sup>387</sup> SAP Madrid (Sección 28ª) de 31 de marzo de 2014 (AC 2014/385), caso “Pablo Soto”. A. RAMOS SUÁREZ, “La creación y comercialización de programas de intercambio de archivos P2P es legal: “Caso Soto””, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 887/2014, parte Comentario (BIB 2014/1998).

<sup>388</sup> En su FD 7º, la AP afirma que la puesta en el mercado de una herramienta tecnológica con determinadas potencialidades, en este caso la posibilidad de que los usuarios intercambien directamente entre sí archivos de audio, que puede utilizarse de modo correcto, es decir, para la transmisión de los que no presenten problemas de fricción con las normas que protegen la propiedad intelectual, entraña un comportamiento de carácter neutro desde el punto de vista legal, acorde al principio de libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución). La posibilidad de que se produzca un mal uso por parte del usuario no entraña responsabilidad que resulte atribuible, al menos con carácter directo, ni al creador ni al comercializador del programa.

incurriendo como tal en ningún comportamiento legalmente tipificado en el ordenamiento jurídico como infractor contra el derecho de exclusiva. En palabras de la Audiencia Provincial, “sin una previsión legal que tipifique el alcance de la cooperación necesaria o de la complicidad en esta materia, lo que depende de un designio del poder legislativo [...] resulta complicado que pueda encontrarse un soporte jurídico suficientemente sólido [...] para que el juez pueda condenar por infracción indirecta en este ámbito”<sup>389</sup>. La Audiencia considera que los demandados, como creadores y distribuidores del *software*, no intervienen en el intercambio de archivos, sino que son aquellos que adquieren el *software* los que proceden a dicho intercambio, no precisándose para ello de ninguna actuación de los demandados. No hay posibilidad, por lo tanto, de imputar a los demandados la comisión de una infracción directa de derechos ajenos de propiedad intelectual, porque ni efectúan la puesta a disposición de las obras ni tampoco realizan acto alguno de reproducción de las mismas. No encajan, por lo tanto, en la condición de infractor que está prevista en los artículos 138 a 140 del TRLPI.

**186.** En segundo lugar, el acceso a una red *peer-to-peer* podía, además, verse facilitado por medio de enlaces. La legalidad de dicha conducta trataba de justificarse en base al hecho de que el enlazador no alojaba en su página web ningún contenido protegido, sino que éstos se encuentran en las carpetas compartidas del disco duro de los usuarios. A mayor abundamiento, dichos enlaces podían, ser proporcionados por los propios usuarios de una página web y no por su administrador, lo cual reforzaba la creencia en favor de este último de que no realizaba ningún acto sometido al derecho exclusivo, sino que se limitaba a una labor de mera intermediación, de carácter pasivo. En repetidas ocasiones, estas pretensiones habían sido acogidas favorablemente por la jurisprudencia.

---

<sup>389</sup> La AP de Madrid rechaza asimismo que el creador o comercializador de un programa P2P utilizado por terceros para compartir archivos lleve a cabo un acto de competencia desleal contrario a la cláusula general: “El ofertar una tecnología P2P avanzada no supone incurrir en actos de expolio ni de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (no estamos ante prácticas de Internet que pudieran ser constitutivas de ello, tales como el uso incorrecto de enlaces que permitieran apropiarse de algo ajeno y presentarlo como propio, etc.), ni entrevemos que responda a un plan preconcebido para hundir o desequilibrar a las productoras discográficas. Tampoco supone un acto de obstaculización al negocio que éstas desarrollan, ya que se mueven en un mercado (el de la música comercial) totalmente distinto del de los demandados (el de los productos informáticos)”.



Encontramos este razonamiento en la SAP Barcelona de 24 de febrero de 2011, en el caso conocido como “El Rincón de Jesús”<sup>390</sup>. La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) demandó al titular de una página web, desde la cual se podía acceder de forma gratuita a las obras protegidas por los derechos de autor administrados por la entidad. Así que entendía que, desde la misma, se estaban llevando a cabo actos de comunicación pública y reproducción de obras<sup>391</sup>. En cuanto a la provisión de enlaces que conducen a una red de *peer-to-peer*, la Audiencia Provincial considera en su FJ 5º que el ofrecimiento de un enlace no supone un acto de puesta a disposición del archivo. En consecuencia, “el titular de la web que facilita el enlace, aunque contribuye indirectamente a la infracción de los derechos de propiedad intelectual, no realiza de forma directa los actos”, confirmando así en este punto la Sentencia de Primera Instancia<sup>392</sup>. No obstante, el juez observa que la conducta podría dar lugar a un

---

<sup>390</sup> SAP de Barcelona, núm. 83/2011 (Sección 15ª) de 24 de febrero de 2011 (AC 2011/86), caso “El Rincón de Jesús”(FJ 5º): La SGAE recurrió ante la AP de Barcelona la cual revoca parcialmente la sentencia de instancia. La resolución se centra en dos conductas: a) en el FJ 2º sobre las descargas directas y el streaming; b) en el FJ 5º sobre las redes P2P. Por lo que respecta a la primera de las conductas la AP, a través de los informes periciales elaborados, considera probado que un usuario de internet que accediera a la web del demandado podía descargar de forma directa archivos musicales, y escucharlos sin necesidad de descarga. El tribunal considera que no queda acreditado que los archivos hubieran sido colgados por el demandado, lo que hubiera implicado una conducta del art. 18 TRLPI, es decir, acto de reproducción. Pero dado que permite la descarga de archivos o el reproducirlos sin la misma, nos encontramos ante un supuesto del art. 20, es decir, un acto de comunicación pública. Así que “el demandado, al permitir desde su página web la descarga directa, lleva a cabo una puesta a disposición del público, y en concreto del que visita la página web y solicita la descarga, de las obras afectadas. Y del mismo modo al permitir también la audición de archivos, sin descarga, pues con la audición del solicitante tiene acceso al archivo musical, aunque se limite a escucharlo en ese momento. En la medida en que ambas operaciones se realizan desde la página web del demandado, puede concluirse que es éste quien lleva a cabo la puesta a disposición del público de las obras al margen de si ha sido él u otro quien las haya colgado en la red” (FJ 2º). La AP declara la infracción de los actos de comunicación pública relativos a la descarga de archivos, pero no a la conducta del *streaming* dado que no constaba en la demanda de la SGAE.

<sup>391</sup> La página web ofrecía enlaces que conducían a la descarga directa o a contenidos en *streaming*, además de los enlaces a redes *peer-to-peer*. El demandado es condenado en segunda instancia por los enlaces que conducen a descargas directas, pero no aquellos que conducen a una red *peer-to-peer*.

<sup>392</sup> SJM nº 7 Barcelona, de 9 de marzo de 2010: desestima la demanda porque no considera que exista vulneración de los derechos de propiedad intelectual. La sentencia de primera instancia señala que la conducta del demandado no implica “distribuir, ni reproducir, ni comunicar públicamente obras protegidas. La conducta desarrollada por el demandado es la de crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales. Pero, en el sistema de protección regulado por la Ley de Propiedad Intelectual, adaptado a la normativa comunitaria, no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P”. (FJ 2º). Por lo que respecta a éstas últimas, en su FJ 3º mantiene que las actividades que se desarrollan en las mismas no tienen un acomodo claro en la LPI, ya que éstas lo que hacen es transmitir datos entre particulares, y ese “gran almacén” como así cataloga a las redes P2P contiene archivos que no son protegidos, otros no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos, y otros cuya protección no está encomendada a la SGAE. Además, “hay que tener en cuenta, por otra parte, la imposibilidad en el actual marco legislativo, de que en un procedimiento civil y en la tutela de los derechos de autor, pudiera llegar a identificarse a los particulares o usuarios de estas redes a través de las empresas suministradoras

pronunciamento de cesación a la vista de cómo se regula en el art. 138.3 en relación con el art. 139.1.h de la Ley de Propiedad Intelectual.

Idéntico razonamiento se encuentra en la SAP Barcelona de 7 de julio de 2011<sup>393</sup>. El demandado, en este caso proporcionaba un enlace que conducía a una red *peer-to-peer*. Dado que no almacenaba ningún tipo de contenido audiovisual ni intervenía en las transmisiones, argumentaba que la descarga de contenidos protegidos se producía de manera totalmente ajena su la página web. La Sentencia corrobora lo establecido en primera instancia, y es que el hecho de favorecer o facilitar el intercambio de archivos, u orientar a los usuarios para que accedan a tales redes de intercambio no constituye, en sí, un acto de reproducción ni puesta a disposición de la obra, absolviendo por completo al demandado<sup>394</sup>. Todo lo más a lo que se podía aspirar era a una acción de cesación.

**187.** En el ámbito penal, la situación anterior a la reforma de 2015, era algo más controvertida, en cuanto a la calificación del acto de enlazar hacia un contenido protegido y puesto a disposición sin la autorización de los titulares de derechos. Existían así dos tendencias en la jurisprudencia menor<sup>395</sup>: en primer lugar, aquella que consideraba el hecho de enlazar como un acto de comunicación pública, y en segundo lugar, aquella que consideraba que el hecho de enlazar – en especial cuando dicho enlace conducía a una red *peer-to-peer*, en la que son los usuarios quienes intercambian archivos – no encajaba con ninguna de las conductas recogidas en el artículo 270 del CP, y que, por ello, no era delictiva<sup>396</sup>.

---

del servicio y de la dirección IP, para poder luego averiguar qué obra o archivos son descargado, cuál es su procedencia a su utilización y cómo se realiza la descarga por cada usuario en concreto”.

<sup>393</sup> SAP Barcelona (Sección 15ª) de 7 de julio de 2011 (AC 2011/1505), Caso “ÍndiceWeb”.

<sup>394</sup> SAP Barcelona de 7 de julio de 2011: “la labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción del artículo 18 LPI (...), ni comunicación pública, ésta última, en la modalidad concreta denunciada en la demanda del artículo 20.2.i) LPI (....) El sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P, pero en nuestro derecho este favorecimiento no constituye ni reproducción ni puesta a disposición de la obra”.

<sup>395</sup> Para un estudio más detallado de esta cuestión, *vid.* M. PEGUERA POCH “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *Revista de propiedad intelectual Pe.i.* nº 42, sept.-dic. 2012, p. 31-54.

<sup>396</sup> La situación en España contrastaba con lo determinado por la jurisprudencia francesa: TGI Saint-Étienne, 3e ch., 6 déc. 1999, SACEM et al. y Roche et Battie: condena penal de dos individuos por contrefaçón. Aquel que proporciona un enlace, proporciona un medio para acceder a la obra. Contribución a la realización de la infracción. TGI Épinal, ch. corr, 24 oct. 2000, Ministère public et SCPP y Conraud: el Tribunal se basa en la puesta a disposición, la cual, si no está autorizada, constituye un delito de contrefaçón en el sentido del art. L. 335-4 CPI. Por medio de un enlace, el internauta pone a disposición del público los fonogramas (a diferencia del caso anterior, el TGI afirma que el hecho de establecer un enlace constituye, en sí, un delito de contrefaçón (presencia del elemento material del

Numerosas fueron, en todo caso, las sentencias absolutorias en cuanto a las páginas web de enlaces que conducían a redes *peer-to-peer*<sup>397</sup>, y cuyo razonamiento descansaba, principalmente, en alguno o algunos de los siguientes argumentos: la web de enlaces no aloja contenidos<sup>398</sup>; técnicamente, quien comunica la obra es el usuario que comparte sus archivos con otros usuarios<sup>399</sup>; los actos que realiza la página web facilitan la descarga, no pueden equipararse a ésta<sup>400</sup>; no se puede hablar en estos casos de cooperación necesaria para realizar la infracción puesto que la actividad desarrollada por los particulares que intercambian archivos no es delictiva<sup>401</sup>, etc. En consecuencia, era imposible aplicar la responsabilidad en cascada, ya que los usuarios de una red *peer-to-peer* no realizan una infracción penal<sup>402</sup>. Por último, algunas sentencias se apoyaban en la exención de responsabilidad prevista para los servicios de enlaces en el artículo 17 de la Ley 34/2002 *de Servicios de la Sociedad de la Información*<sup>403</sup>. En cuanto a la remuneración por publicidad que recibían tales páginas, los tribunales parecían hacer caso omiso.

---

delito), y no utiliza el criterio de la decisión anterior relativo al hecho de aportar los medios necesarios para cometer la infracción.

<sup>397</sup> Algunas decisiones posteriores a la Reforma operada por LO 1/2015 siguen concluyendo que la actividad de enlazar a un contenido ilícito es impune, ya que han sido juzgadas en base al Código Penal de 2006.

<sup>398</sup> AAP 582/08 Madrid (Secc. 2ª), de 11.09.2008 (caso “sharemula”); AAP 179/2011 Madrid, (Secc. 1ª), de 15 de marzo de 2011 (caso “edonkeymania”); AAP 52/2012 Álava, (Secc. 2ª), 3.02.2012; SAP de Valencia (Sección 5ª), de 22 de diciembre de 2015 (Sentencia nº 856/2015), Caso “Zonaemule”.

<sup>399</sup> AAP 179/2011 Madrid, Sección 1ª, de 15 de marzo de 2011 (caso “edonkeymania”); SAP de Valencia (Sección 5ª), de 22 de diciembre de 2015 (Sentencia nº 856/2015), caso “Zonaemule”; JP nº 6 de Palma de Mallorca de 21 de junio de 2016 (Sentencia nº 333/2016), “caso vagos.es”.

<sup>400</sup> AAP 179/2011 Madrid, Sección 1ª, de 15 de marzo de 2011 (caso “edonkeymania”).

<sup>401</sup> Al contrario que en Francia, en donde la actividad de enlazar había sido condenada en base a la *fourniture de moyens*, muchas sentencias españolas habían declarado que establecer enlaces a sitios de descargas P2P no era delito. Entre ellas, la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Barakaldo, de 11 de febrero de 2011, donde se indicó que los acusados, al establecer únicamente enlaces, no realizaron desde la perspectiva típica delictual ninguna de las conductas recogidas en el artículo 270 CP. Según el Juez, a lo sumo podría hablarse de cooperación necesaria para desarrollar una actividad entre particulares –el intercambio de archivos –, que tampoco es delictiva. En cuanto a los ingresos obtenidos por publicidad, apunta el Juez que los *banners* de anuncios se visualizaban con independencia de que se produjeran o no descargas. Y que dichos ingresos no compensan la descarga de los títulos, sino la publicidad del acceso genérico a la página.

<sup>402</sup> JP de Sabadell de 16 de octubre de 2015, “caso PS2RIP” (establecimiento de enlaces que conducen a videojuegos subidos a la red por terceras personas. Los acusados no habían descargado los videojuegos en la red, sino que tan solo incluían “links” a otros sitios desde los que se podía descargar el material protegido, por lo que no alojan ni permiten una descarga directa. “Puesto que los usuarios que sí comunican públicamente las obras lo hacen sin ánimo de lucro ya que no obtienen ingresos por dichas descargas, tampoco puede condenarse a los acusados como cooperadores necesarios o cómplices ya que la conducta de los autores es atípica”).

<sup>403</sup> JP nº 6 de Palma de Mallorca de 21 de junio de 2016 (Sentencia nº 333/2016), caso “vagos.es”.

En suma, el criterio seguido con carácter mayoritario era que la conducta consistente en ofrecer enlaces, sin alojar contenidos, no constituye un acto de infracción<sup>404</sup>, y por ello no pueden ejercitarse contra tales páginas las acciones previstas en la Ley de Propiedad Intelectual ni tampoco, por el mismo motivo, la acción penal del art. 270 CP. La mayoría de las resoluciones judiciales concluyen que las webs de enlaces no llevan a cabo actos de infracción argumentando que, si bien su conducta “favorece” o “facilita” la comunicación, no puede equipararse a esta última.

**188.** El conjunto de casos examinados deja un resultado que difícilmente puede calificarse de satisfactorio para los titulares de derechos. Por una parte, se aprecian criterios radicalmente opuestos en las distintas Audiencias Provinciales respecto de puntos esenciales para la calificación jurídica de la actividad. Por otra parte, se plantean serias dudas sobre la adecuación del marco legal vigente para dar respuesta adecuada a una práctica que, en términos generales, constituye un modelo de negocio basado en la explotación no autorizada de obras y prestaciones protegidas, por más que se lleve a cabo a través de actos no claramente tipificados en la Ley de Propiedad Intelectual<sup>405</sup>.

En suma, el problema derivaba de la inexistencia de mecanismos de imputación de la responsabilidad indirecta. A la carencia o deficiencia de los medios para sancionar este tipo de comportamientos por las vías civil y penal, se añadió la posibilidad de optar por una tercera vía cuyo objetivo era precisamente la represión de las infracciones realizadas por los servicios de la sociedad de la información, en particular el desarrollado por las páginas web que ofrecen listados de enlaces hacia obras protegidas, habiendo dejado intactas las disposiciones anteriores. A pesar de que el contexto anterior a la reforma de 2011 influyó directamente en la adopción de una nueva vía de tipo administrativo para hacer frente a las infracciones de derechos en el ámbito digital, las modificaciones introducidas en su día por la llamada “Ley

---

<sup>404</sup> AAP 582/08 Madrid (Secc. 2ª), de 11 de septiembre de 2008. La Audiencia Provincial sobresee el caso por falta de comunicación pública alegando en el FJ 4º que “los responsables de la página “sharemula.com” no realizan de forma directa actos de comunicación pública de obras protegidas por la LPI ya que no alojan en sus archivos los títulos descargados. Únicamente favorecen esa conducta en la medida en que seleccionan, ordenan e informan sobre los títulos y facilitan a los usuarios que lo necesitan los medios técnicos apropiados (descarga del programa emule) para efectuar la transferencia de los archivos”.

<sup>405</sup> M. PEGUERA POCH, “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *Revista de propiedad intelectual Pe.i.* nº 42, sept.-dic. 2012, p.31-54, en p. 82-83.

Sinde<sup>406</sup> fueron insuficientes<sup>407</sup>. La ineficacia del procedimiento era inevitable sin una verdadera modificación de fondo, es decir, una aclaración sobre aquello que ha de considerarse constitutivo de infracción. En consecuencia, más importante que esta nueva herramienta de tipo procesal, ha sido la introducción de mecanismos que permiten imputar la responsabilidad indirecta mediante las reformas introducidas por las Leyes de 2014 y 2015, dotando a las tres vías ahora posibles para perseguir las infracciones del derecho de autor en la red de los mecanismos necesarios para ello.

## **b. Los nuevos mecanismos de imputación de la responsabilidad indirecta**

**189.** Las conductas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual cometidas por determinados sujetos en el entorno digital son frecuentemente posibilitadas y magnificadas por la intervención de terceros, quienes aportan los medios necesarios para que otros infrinjan los mencionados derechos. Por infracción indirecta entendemos cualquier conducta que, sin ser ilícita por sí misma, contribuye a un resultado final que sí lo es<sup>408</sup>. También se denomina infracción por contribución, y si bien la Ley de Propiedad hasta el año 2014 no contenía una figura similar, este tipo de infracción existía ya en la Ley de Patentes. En consecuencia, mientras la infracción directa se referiría a la comisión material o directa de alguno de los actos de explotación, la infracción indirecta supone participar o contribuir de algún modo al resultado de una conducta que vulnera los derechos de explotación, pero evitando la realización efectiva de alguno de los actos incluidos en el monopolio de explotación. Es el caso de quien proporciona un programa informático de intercambio de archivos por medio de una red *peer-to-peer*. No resulta responsable por ser los usuarios quienes técnicamente realizan la conducta infractora, pero aporta los medios materiales necesarios para ello.

---

<sup>406</sup> Disposición final 43ª de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible.

<sup>407</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La nueva Ley de Propiedad Intelectual”, *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 2, nº 8 (diciembre), 2014, p. 27-31.

<sup>408</sup> A. RAMOS SUÁREZ, “La creación y comercialización de programas de intercambio de archivos P2P es legal: “Caso Soto””, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 887/2014, parte Comentario (BIB 2014/1998). En el mismo sentido, R. IGLESIAS POSSE entiende por infracción indirecta la inducción o contribución consciente a la actividad infractora de un tercero (R. IGLESIAS POSSE, “Ausencia de responsabilidad de creadores y distribuidores de programas P2P por las infracciones de Derechos de Propiedad Intelectual que cometan sus usuarios”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 36/2014 parte Jurisprudencia, p.491-499). J.-J. CASTELLÓ PASTOR, “La responsabilidad indirecta de los prestadores de servicios de la sociedad de la información e intermediarios a la luz del artículo 138.II de la Ley de propiedad intelectual”, *Revista de Derecho Patrimonial* nº 41, Septiembre-Diciembre 2016, p. 175-199.

**190.** Con la aparición de las nuevas tecnologías digitales, ha sido necesario adaptar los mecanismos de lucha contra la infracción de derechos, de manera que estos no se limiten a los actos materiales de reproducción o puesta a disposición propiamente dichos, pudiendo dirigirse contra la matriz o la fuente<sup>409</sup>, es decir, hacia la actividad que permite la realización material del acto constitutivo de una violación de derechos o extiende sus efectos. El TRLPI carecía de una regla general que calificase como infracción los actos indirectos o secundarios, y sólo contemplaba las infracciones indirectas en supuestos específicos, en los arts.160, 162 y 102 c). La Ley 21/2014 así como la LO 1/2015 han colmado este vacío introduciendo mecanismos de imputación de la responsabilidad indirecta en los ámbitos civil (1) y penal (2), así como en el marco del procedimiento ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (3).

### **1) En el ámbito civil**

**191.** Tal y como figura en la Exposición de Motivos, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre<sup>410</sup> ha introducido una serie de medidas destinadas a “mejorar la eficacia de los mecanismos legales para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones que puedan sufrir en el entorno digital”<sup>411</sup>. Entre ellas, destaca la voluntad de establecer unos criterios claros en el TRLPI respecto de los supuestos en que puede producirse la responsabilidad de un tercero que participa, de un modo o de otro, en la infracción de derechos de propiedad intelectual. Muchas de las nuevas formas de explotación que tienen lugar en el entorno digital suponen la presencia de una

---

<sup>409</sup> J. GROFFE, *La bonne foi en droit d’auteur*, op. cit., nº 230, p. 145: la autora se refiere a la *contrefaçon* “à la source”. Se trata en consecuencia, de sancionar, no ya la utilización ilícita o no autorizada de la obra, sino el comportamiento que, de modo preliminar, permite realizar la infracción. Existirían así dos casos de violación del derecho exclusivo de explotación: el primero y más flagrante, la realización directa de alguno de los actos de explotación enumerados en la Ley; y la segunda, menos obvia, ya que tiene un carácter menos frontal, que consiste en sancionar la actividad de aquellos que han desempeñado un papel indirecto en la realización de la infracción.

<sup>410</sup> Ley 21/2014, de 4 de noviembre, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.

<sup>411</sup> Apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014.

serie de sujetos que, si bien hasta la fecha no habían sido considerados infractores, realizan una labor de colaboración imprescindible para la infracción<sup>412</sup>.

**192.** A estos efectos, se ha añadido un segundo párrafo al art. 138 TRLPI que amplía el círculo de legitimados pasivos de la infracción disponiendo lo siguiente: “tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor [...]”. Se introduce así, en el Derecho español, la posibilidad de imputar la responsabilidad indirecta a quienes induzcan, cooperen o se beneficien de la actividad de un infractor directo, circunstancia que ha sido calificada como un “significativo avance” en la protección de los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual<sup>413</sup>. Como afirma R. SÁNCHEZ ARISTI, “es indiferente si estos sujetos deben ser calificados como “infractores” *propio sensu* o si el alcance del concepto de infractor va más allá de la noción de explotador usurpatorio: sea como fuere, sabemos que ese segundo círculo de sujetos va a tener que responder de la infracción en pie de igualdad con el infractor directo. Ese “también” que emplea el precepto tiene la connotación de que los “responsables de la infracción”, en función de la conducta por cada uno de ellos protagonizada, se hacen *corresponsables* de las infracciones que hayan inducido, con las que hayan cooperado o de las que se hayan beneficiado, de tal forma que de cara al perjudicado les es exigible una responsabilidad solidaria”<sup>414</sup>.

El primero de estos supuestos – la responsabilidad por inducción – se daría en todos aquellos casos en los que el prestador de un servicio o comercializador de una tecnología, hace un ofrecimiento de ellos en el mercado de tal forma que, ya sea por el contenido de su actividad publicitaria o promocional, ya sea por las informaciones o tutoriales con los que acompaña su producto o servicio, cabe inferir que está invitando o

---

<sup>412</sup> A. ARMENGOT VILLAPLANA, “Comentario al art. 138 LPI”, in F. PALAU RAMÍREZ y G. PALAO MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, 1ª ed., 2017, p. 1571-1584.

<sup>413</sup> A. CARRASCO PERERA y R. DEL ESTAL SASTRE, “Comentario al artículo 138 PLI” in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2017, p. 1821-1832, en p.

<sup>414</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, “Responsables de la infracción (art. 138 LPI)” in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 347-364, en p. 356-357.

incitando a sus usuarios a valerse del mismo para llevar a cabo conductas que constituyen infracciones de los derechos de propiedad intelectual<sup>415</sup>. El caso más representativo del reconocimiento de este tipo de responsabilidad es el que fue objeto de la Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 27 de junio de 2005 en el llamado caso *Grokster*<sup>416</sup>. En ella, la Corte de Suprema acaba revocando el fallo de apelación y condenando a la demandada no por su contribución a la infracción (*contributory liability*) o por haberse beneficiado de una actividad infractora cometida por sujetos que podía controlar (*vicarious liability*), sino en base a la doctrina de la inducción a la infracción, procedente del Derecho de patentes. El fallo se fundamenta así en el hecho de que la demandada había comunicado a sus destinatarios la posibilidad de que usaran el *software* para descargar contenidos protegidos, además de alentarlos a que cometieran infracciones. Interpretada en términos amplios, la noción de inducción a la infracción, podría comprender la elaboración de tutoriales que explican a los internautas los pasos necesarios a seguir para descargar o acceder a las obras ilegalmente, aunque en sí no ofrezcan ni el enlace directo al contenido ni proporcionen el programa informático para la obtención o lectura del mismo.

A diferencia de este primer supuesto, en el caso de la responsabilidad por cooperación, no sería necesario un comportamiento activo dirigido a fomentar la actividad infractora, sino que basta con proporcionar algún recurso o herramienta que permita un tercero cometer la infracción, o bien potenciar sus efectos. Cabrían aquí todos aquellos casos en que un sujeto comercializa un producto o servicio que, si bien es apto para usos lícitos, también lo es – y en mayor medida o de manera casi exclusiva – para propiciar actos infractores de derechos de propiedad intelectual<sup>417</sup>. Se exige, no obstante, que el sujeto conozca, o cuente con indicios razonables para conocer el carácter infractor. Este indicio se establecerá atendiendo al porcentaje de usos ilícitos del programa o servicio, lo que permitirá determinar si el mismo está manifiestamente destinado a la puesta a disposición no autorizada de las obras o no. Tendría aquí cabida la conducta de los editores de programas informáticos que permiten el intercambio de archivos en Internet, como son los *softwares* de intercambio en redes *peer-to-peer* o aquellos que permiten la creación y lectura de ficheros *torrent*. Es posible igualmente

---

<sup>415</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, “Responsables de la infracción (art. 138 LPI)” *op. cit.*, p. 357-358.

<sup>416</sup> *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Inc.*, 125 S.Ct. 2764 (2005).

<sup>417</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, “Responsables de la infracción (art. 138 LPI)”, *op. cit.*, p. 358.



considerar como un acto de cooperación el establecimiento de enlaces que conduzcan a contenidos puestos en línea sin autorización.

Por último, la responsabilidad por beneficio económico derivado de la conducta infractora vendría a cubrir de modo residual cualquier otro supuesto de responsabilidad que no pudiera considerarse como un acto de inducción o de cooperación a la infracción, en tanto en cuanto el sujeto obtenga un provecho económico derivado de la misma teniendo capacidad para controlarla – por ejemplo, dotando a su página web de dispositivos tecnológicos de detección y filtrado de contenidos protegidos -. Y ello, aunque facilite al infractor una herramienta neutra, susceptible de ser aplicada a un repertorio sustancial de usos lícitos comercialmente relevantes.

**193.** De este modo, el legislador español ha tratado de ser exhaustivo en la regulación de los supuestos de responsabilidad por infracción indirecta, optando por una fórmula que cubra un espectro lo más amplio posible de usos. La vocación de esta nueva disposición coincidiría con la de los arts. L. 335-2-1 y L. 336-1 CPI francés, los cuales establecen, respectivamente, las acciones penales y civiles que podrán ejercitarse en contra de quienes conciben y ponen a disposición programas de ordenador manifiestamente destinados a la puesta a disposición no autorizada de obras y objetos protegidos, así como el hecho de incitar a su utilización. Ambos artículos fueron introducidos por la Ley de 1 de agosto de 2006<sup>418</sup>, con el fin de poder adoptar medidas específicas<sup>419</sup> en contra de los editores de programas de *peer-to-peer*. Su interpretación amplia por la jurisprudencia ha permitido también su aplicación a los casos de puesta a disposición en *streaming*<sup>420</sup>.

---

<sup>418</sup> Ley n° 2006-961 de 1 de agosto de 2006 *relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

<sup>419</sup> Sin perjuicio de la aplicabilidad en derecho francés de la *contrefaçon par fourniture de moyens*, que puede ser sancionada tanto en la vía civil como en la vía penal. Bajo este fundamento se ha podido condenar a quienes proporcionan enlaces hacia contenidos ilícitos: *vid.* entre otros, TGI Saint-Étienne, 6 déc. 1999, *CCE*. 2000, comm. 76, nota C. Caron; TGI Épinal, 24 oct. 2000; *CCE* 2000, comm. 125 nota C. Caron; CA Aix-en-Provence, 5e ch., 10 de marzo de 2004, *RLDI* 2005/1, n° 12.

<sup>420</sup> CA Paris, pôle 5, ch. 12, 22 de marzo de 2011, *SPPF et SCPP y société Mubility, Benoît et Jean-Louis T...:RTD Com.* 2011 p.354, obs. F. Pollaud-Dulian; *RIDA* n° janv. 2012, p. 346 confirmada por la Sentencia Cas.Crim. 25 sept. 2012, n° 11-84.224, *Radioblog, D.* 2012. 3005, obs. E. Dreyer; *RTD com.* 2012. 771, obs. F. Pollaud-Dulian; *Gaz. Pal.* mars 2013, n° 65-66, p. 21, obs. L. Marino; *Légipresse* n° 302, févr. 2013, p. 97, obs. Varet; *RLDI* n° 88, déc. 2012, p. 21, obs. L. Costes: El caso versaba sobre una web de *streaming* que proporcionaba enlaces hacia grabaciones musicales para su escucha gratuita, además de permitir a los usuarios exportar sus *playlists* hacia su propio blog u otro foro de discusión, gracias a un programa informático disponible para su descarga. La *Cour de cassation* afirma que “todo servicio de comunicación al público en línea de obras protegidas que no haya obtenido las autorizaciones

**194.** No obstante, la solución española iría más allá, permitiendo sancionar todo acto mediante el cual la conducta del infractor – ya sea éste un profesional o un simple particular – se ve “posibilitada” y/o “magnificada”<sup>421</sup> por la intervención de un tercero. El hecho de posibilitar la infracción remite a conductas tales como proporcionar o incitar al uso de una herramienta que facilite o permita cometer la infracción. Pero la nueva disposición introducida en el párrafo 2º del art. 138 TRLPI abarca también los supuestos en que la intervención de un tercero permite potenciar o intensificar, *a posteriori*, los efectos de la infracción. Tal es el hecho de facilitar, por medio de un enlace o un fichero *torrent*, el acceso o la localización del contenido puesto a disposición de manera ilegal. Por la generalidad de sus términos, este nuevo párrafo equivale a la introducción en el Derecho español de las categorías pretorianas de *contributory infringement* y *vicarious infringement*, procedentes del derecho anglosajón<sup>422</sup>.

**195.** Conviene señalar, no obstante, que algunos de estos supuestos que tendrían encaje dentro de las normas que regulan la responsabilidad indirecta, han sido calificados por el TJUE como casos de realización directa de un acto de explotación. En parte, esto se debe a que la responsabilidad por contribución a la infracción de los derechos de autor es una cuestión que no se halla armonizada en el Derecho de la Unión Europea, y por tanto su regulación sigue perteneciendo al ámbito del derecho nacional de cada Estado miembro. En consecuencia, tanto el establecimiento de hipervínculos que conducen a contenidos puestos a disposición sin la autorización de los titulares de derechos<sup>423</sup>, como la administración de una plataforma de indexación de ficheros

---

requeridas, así como toda puesta en línea de un programa informático que tenga esta finalidad, entran dentro de las previsiones de los artículos 335-4 y L. 335-2-1 del Código de la Propiedad Intelectual”. Añade además que “el prestador de servicios de alojamiento de datos no puede beneficiarse de la exoneración de responsabilidad penal prevista en el art. 6.I.3 de la Ley de 21 de junio de 2014 si tenía conocimiento efectivo de la actividad ilícita o si, desde el momento en que tuvo dicho conocimiento, no actuó con prontitud para retirar la información almacenada o inhabilitar en acceso”.

<sup>421</sup>Se reproducen aquí los términos que figuran en el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014.

<sup>422</sup>R. SÁNCHEZ ARISTI, “Responsables de la infracción (art. 138 LPI)”, *op. cit.*, en p. 350-351. Acerca de las definiciones de *contributory infringement* y *vicarious infringement*, vid. P. SIRINELLI, “Le “peer-to-peer” devant la Cour suprême”, D. 2005, p. 1796. La expresión *contributory infringement* se traduce como responsabilidad por “infracción contributiva”, y está basada en el hecho de haber contribuido a la infracción directa realizada por un tercero (por ejemplo, incitándole a realizar la infracción o proporcionándole los medios para ello). La *contributory liability* permite que un sujeto sea declarado responsable por un hecho ajeno, atendiendo a su capacidad de control sobre la actividad infractora y al beneficio económico que obtiene de la misma. Consiste en definitiva en la obtención de un beneficio económico de la infracción sin haber hecho nada por impedirla.

<sup>423</sup> STJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV contra Sanoma Media Netherlands BV y otros*: *Dalloz IP/IT* 2016, p. 543, nota P. Sirinelli; *D.* 2016, p. 1905, nota F.

*torrent* que conducen a una red *peer-to-peer*<sup>424</sup>, han sido tratados por el TJUE como supuestos de comunicación pública. En ambos casos, el TJUE considera que el sujeto que se intercala en la comunicación desempeña un papel ineludible en la puesta a disposición de las obras, sin el cual otros usuarios no hubieran podido tener acceso, o ello hubiera sido más difícil. Se exige, no obstante, el conocimiento efectivo de la infracción ajena, criterio importado de la doctrina de la infracción indirecta<sup>425</sup>, y cuya comprobación es susceptible de plantear no pocos problemas prácticos. Ese es el motivo que ha llevado al TJUE, en el asunto *GS Media*, a establecer que el ánimo de lucro actuará como una presunción *iuris tantum* del conocimiento efectivo, considerando que “cuando la colocación de hipervínculos se efectúa con ánimo de lucro, cabe esperar del que efectúa la colocación que realice las comprobaciones necesarias”<sup>426</sup>. En tales casos, el TJUE establece que “los titulares de los derechos de autor pueden actuar no sólo contra la publicación inicial de su obra en Internet, sino también contra toda persona que coloque, con ánimo de lucro, un hipervínculo que remita a la obra publicada ilegalmente en ese sitio”<sup>427</sup>. De modo similar, en el asunto *The Pirate Bay*, el TJUE extrae ese conocimiento efectivo del hecho de que la plataforma procede activamente a la indexación y catalogación de ficheros *torrent*, además de disponer de un motor de búsqueda y un índice que clasifica las obras en diversas categorías.

**196.** En todo caso, la amplitud del régimen de responsabilidad indirecta introducido en segundo párrafo del art. 138 TRLPI se acompaña de una cláusula por la cual, lo establecido en la misma no afectará a “las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación”. La Ley 21/2014 ha querido, por tanto, salvaguardar estos llamados “puertos seguros” (“safe

---

Pollaud-Dulian; JAC 2016, n° 39, 6, Scaramozzino; JCP G 2016, 1222, nota L. Marino; CCE 2016, comm. 78, Ch. Caron.; S. Dormont, “L’arrêt GS Média de la Cour de Justice de l’Union : de précisions en distinctions, l’hyperlien lui fait perdre son latin...” : CCE 2016, étude 4.

<sup>424</sup> STJUE (Sala Segunda) de 14 junio de 2017, asunto C-610/15, *Stichting Brein v Ziggo BV*, XS4ALL Internet BV: D. 2017, p. 1248, y p. 2390, obs. J. Larrieu; RTD Com. 2017, p. 346, F. Pollaud-Dulian; RTD eur. 2017, p. 864, obs. E. Treppoz.; CCE 2017, comm. 70, obs. Ch. Caron; RLDI août-sept 2017, nota O. Roche y E. Drouard.

<sup>425</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “El concepto autónomo de “comunicación al público” en la jurisprudencia del TJUE”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 61 (enero-abril 2019), p. 13-67, en p. 54; M. PEGUERA POCH, “Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public”, *Computer Law and Security Review*, n° 34, 2018, p. 1103 y s., en p. 1106.

<sup>426</sup> Apartado n° 51 de la STJUE *GS Media*, anteriormente citada.

<sup>427</sup> Apartado n° 53 de la STJUE *GS Media*, anteriormente citada.

*harbours*”) en favor de ciertos prestadores de servicios de la sociedad de la información. Subsiste, por tanto, el régimen de irresponsabilidad condicionada previsto para el prestador de servicios de alojamiento, y que ha sido ampliamente explotado por las colaborativas o de *user-generated content* como *YouTube* o *Dailymotion*<sup>428</sup>. A este problema responde el artículo 17 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*, el cual ha introducido un régimen jurídico específico para este tipo de plataformas<sup>429</sup>.

## 2) En el ámbito penal

**197.** Los delitos relativos a la propiedad intelectual están actualmente regulados en los artículos 270 a 272 del Código Penal, cuya redacción en vigor procede de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015<sup>430</sup>. Como se ha visto a través de la jurisprudencia anteriormente citada<sup>431</sup>, los tipos básicos y agravados de los arts. 270 y 271 CP en la regulación inmediatamente anterior se mostraron particularmente inadaptados para afrontar las nuevas tipologías de infracción de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, habiendo desembocado en una actitud muy indulgente y tolerante por parte de algunos Tribunales ante el fenómeno de la piratería de tipo comercial<sup>432</sup>.

**198.** Con carácter general, las reformas introducidas suponen una intensificación de la acción penal, especialmente en cuanto a las infracciones que tienen lugar en el entorno digital. En primer lugar, se produce una ampliación del tipo objetivo, en virtud de la cual, el catálogo de conductas del tipo básico del art. 270.1 CP abandona su tradicional carácter tasado o cerrado al combinarse con una cláusula genérica según la cual no sólo será castigado aquel que “reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente”, sino también aquel que “de cualquier otro modo explote

---

<sup>428</sup>Vid. *infra*, nº 486 y s.

<sup>429</sup>Vid. *infra*, nº 508 y s.

<sup>430</sup> Ley Orgánica 1/2015, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (con entrada en vigor el 1 de julio de 2015).

<sup>431</sup>Vid. *supra* nº 147 y s.

<sup>432</sup>J.-J. TIRADO ESTRADA, “Los delitos contra la propiedad intelectual tras la reforma del Código penal de 2015”, *op. cit.*, p. 335. En el mismo sentido, C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, “Los nuevos contornos de la protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del código penal de 2015” in J.J. MARÍN LÓPEZ, R. CASAS VALLÈS y R. SÁNCHEZ ARISTI, (coords). *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016, p. 806.

económicamente”. En consecuencia, pasa a ingresar en el ámbito típico cualquier conducta susceptible de valorarse como explotación económica de la obra o prestación, independientemente de que encaje o no en las modalidades específicamente mencionadas. El resultado es una mayor alineación de la respuesta penal con lo dispuesto en el art. 17 TRLPI<sup>433</sup>. Con esta nueva redacción, el tipo penal deja la puerta abierta a la posibilidad de sancionar futuras modalidades de explotación, pero además abre paso a la posibilidad de imputar la responsabilidad indirecta a quienes obtengan un beneficio económico derivado de la actividad infractora, independientemente de que realicen o no materialmente la infracción.

**199.** Por otro lado, el art. 270.2 CP introduce la tipificación expresa de las conductas que faciliten, de modo activo y no neutral el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de derechos, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a obras y contenidos protegidos, y ello “aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios”.

En consecuencia, el tipo penal se amplifica y permite incluir conductas con el ofrecimiento de un listado de enlaces o de ficheros *torrent*, incluso si éstos han sido facilitados por los usuarios del servicio. Estas reformas han modificado radicalmente el panorama anterior. Ya la STJUE en el caso *Svensson* de 13 de febrero de 2014, al haber calificado como un acto de comunicación pública el hecho de enlazar había supuesto un punto de inflexión en el sistema penal español. En efecto, los jueces estimaron que cuando el enlace conducía a un contenido ilegal, había necesariamente un público nuevo, y por ello constituía un supuesto de comunicación pública<sup>434</sup>. No obstante, los efectos de esta nueva regulación penal no han sido hasta el momento muy visibles en términos de condenas. Ello se debe a que muchos procedimientos que se encuentran en curso están aún siendo enjuiciados por la normativa inmediatamente anterior a la reforma del Código Penal de 2015. En este contexto fue dictada la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Murcia de 21 de junio de 2019, en el asunto *SeriesYonkis*<sup>435</sup>, una

---

<sup>433</sup> J.-J. TIRADO ESTRADA, “Los delitos contra la propiedad intelectual tras la reforma del Código penal de 2015”, *op. cit.*, p. 341y 349. De este modo, el art. 270.1 CP posibilita la acomodación dinámica del tipo a formas comisivas que puedan surgir en el futuro al socaire de la evolución y progresos tecnológicos y que supongan nuevas modalidades de explotación económica de contenidos protegidos.

<sup>434</sup> Se apoyan en la STJUE *Svensson* las Sentencias SAP (Sección 1ª) de Castellón de la Plana, de 12 de noviembre de 2014 y SAN, Sala de lo Penal (Sección 2ª) de 5 de marzo de 2015, caso “YouKioske.”

<sup>435</sup> Juzgado de lo Penal de Murcia (Sección 4ª) de 21 de junio de 2019, nº 222/2019, caso “SeriesYonkis”.

de las más importantes webs de enlaces que operaba en el territorio español dando acceso a series y películas. La Sentencia pone de manifiesto la incertidumbre jurídica que existía, tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal, antes de las reformas operadas en 2014 y 2015 respectivamente, en cuanto a la calificación jurídica de los actos de enlace, y que sólo la STJUE *Svensson* de 13 de febrero de 2014 permitió levantar al calificarlos como actos de comunicación pública. En todo caso, el Juzgado considera que la introducción del nº 2 del art. 270 del CP constituye la evidencia de que se ha criminalizado de forma expresa la conducta de enlazar ofreciendolistados ordenados y clasificados de obras, aunque los enlaces hayan sido facilitados por otros. Esa tipificación expresa evidencia que esta conducta no era constitutiva de infracción en el momento de comisión de los hechos, motivo por el cual absuelve a los administradores de la plataforma.

**200.** No obstante, de la lectura de esta Sentencia se deduce que, tras la reforma del Código Penal de 2015, la vía penal cuenta ya con los mecanismos adecuados para frenar las infracciones en la red, permitiendo dirigirse contra cualquiera que obtenga ingresos por la infracción, aunque ésta haya sido materialmente cometida por un tercero, e incluso en el caso de que éste sea un simple particular.

### **3) En el ámbito del procedimiento administrativo ante la Comisión de Propiedad Intelectual**

**201.** La puesta en marcha de la Sección Segunda no fue fácil. Dejando a un lado la abierta hostilidad por parte de la opinión pública, hubo que afrontar numerosos problemas, muchos de ellos relacionados con la dificultad de identificar y localizar a los infractores. Pero el mayor problema consistió en que hubo que lidiar con el problema de la dudosa calificación de ciertas actividades a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior. Entre ellas, precisamente la que constituía el objetivo principal de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, es decir, el cierre de las páginas de enlaces a contenidos ilegalmente explotados. Ante la ineffectividad de las vía civil y penal, se optó por la construcción de una tercera vía, de tipo administrativo. Sin embargo, una reforma basada en la esperanza de que una comisión administrativa apreciase la infracción allá donde los jueces no la ven corría el riesgo de ser ineffectiva.

La prueba es que algunos recursos fueron presentados contra las resoluciones de la Comisión de Propiedad Intelectual, poniendo como ejemplo el hecho de que algunos pronunciamientos judiciales en el orden penal habían absuelto a prestadores de servicios que proporcionaban enlaces a obras protegidas.

**202.** Con los cambios operados en la legislación civil como penal a raíz de las reformas respectivas de 2014 y 2015, no cabe duda ahora de que estos prestadores de servicios pueden ser considerados como infractores de los derechos de propiedad intelectual. En consecuencia, estas modificaciones eran necesarias para afianzar la eficacia de la vía administrativa. No obstante, el propio artículo que regula el procedimiento ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad intelectual, cambió de redacción con la reforma de 2014, con respecto a la inicial del art. 158.4 TRLPI.

El antiguo artículo 158.4 TRLPI establecía así que “la Sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial [...]”. De esta forma, más que buscar un responsable de la infracción, se trataba de que la Comisión pudiera decretar el cierre o la suspensión de un servicio que vulnerase los derechos. Se explica así el hecho de que, inicialmente, el procedimiento estuviera desprovisto de carácter sancionador<sup>436</sup>. Su única finalidad era restablecer la legalidad mediante el cierre de estas páginas web.

**203.** El nuevo artículo 195.2 TRLPI establece, ahora que el procedimiento de restablecimiento de la legalidad se dirigirá los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual, vulneración que ahora podrá ser de carácter indirecto, conforme a lo establecido en el párrafo segundo del art. 138 TRLPI. Se establece igualmente la posibilidad de dirigirse contra los prestadores de

---

<sup>436</sup>El procedimiento de restablecimiento de la legalidad no es de naturaleza sancionadora o, al menos, no apareció como tal. Así lo ponía de manifiesto la Sala 3ª del TS al resolver los recursos interpuestos contra el RD 1889/2011: “No estamos, por otro lado, ante una regulación propia del derecho sancionador, sino únicamente ante el restablecimiento de la legalidad en internet frente a los embates contra la propiedad intelectual. No se trata, por tanto, del ejercicio del “*ius puniendi*” del Estado, sino de reponer las cosas a su situación legal, cuando dicha legalidad ha sido conculcada por los responsables de los servicios de la sociedad de la información. De modo que si no se trata de una regulación de carácter sancionador mal puede exigirse, en consecuencia, la observancia de los principios y garantías del Título IX de la Ley 30/1992 (STS, Sala 3ª, 31/5/2013, ROJ 3181/2013 FD 10; en el mismo sentido y con la misma fecha, STS, Sala 3ª, ROJ 3169/2013, FD 11).

servicios que faciliten la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

En consecuencia, la reforma operada en 2014 no deja ya ninguna duda de que el procedimiento de restablecimiento de la legalidad, que procedemos seguidamente a describir, podrá aplicarse plenamente a los casos de infracción indirecta<sup>437</sup>.

## **B. El procedimiento de restablecimiento de la legalidad**

**204.** El origen del procedimiento de restablecimiento de la legalidad se remonta a la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*. Mediante su Disposición Final Cuadragésimo Tercera, se realizaron una serie de modificaciones en la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico*, en el RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. A través de las mismas se encomendó a un órgano administrativo inserto en el Ministerio de Cultura – la Comisión de Propiedad Intelectual – y, más concretamente, a su Sección Segunda, la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los

---

<sup>437</sup> *Vid.*, por ejemplo, SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 26 de noviembre de 2014, que resuelve un recurso presentado contra una resolución de la Sección Segunda de la comisión de Propiedad Intelectual, la cual había ordenado la retirada o la inhabilitación del acceso a contenidos que figuraban en la web [www.multiestrenos.com](http://www.multiestrenos.com). El recurrente alegaba que la página web se limitaba a enlazar una red *peer-to-peer*, sin alojar ningún contenido en sus servidores. En consecuencia, los archivos son compartidos por los usuarios de las redes de intercambio. Señalaban así que los Tribunales habían diferenciado entre comunicar públicamente y facilitar el acceso a una obra, aludiendo a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de julio de 2011, en materia civil así como a varias resoluciones de la jurisdicción penal. La Audiencia Nacional estima que el responsable de la página web cuestionada tiene un rol activo que implica crear o, al menos, controlar la creación de las páginas especificadas dedicadas a cada obra, y una actividad de selección, ordenación e indexación de los instrumentos de acceso y localización específicos que facilitan el acceso a las obras. Lo que hace la sociedad actora en su página de internet es elaborar un directorio específico destinado a facilitar las descargas de las películas objeto de los procedimientos accesibles en redes *peer-to-peer*. Además, queda acreditado que explota económicamente las obras. La Audiencia Nacional, además hacer referencia a los casos *Svensson* y *BestWater* como aplicables al caso, y considerando que existe comunicación pública, cita expresamente la reforma del TRLPI de 2014, en aquel momento recién aprobada. En consecuencia, desestima el recurso contencioso-administrativo.



responsables de servicios de la sociedad de la información, a través de un procedimiento cuyo objeto consiste en el restablecimiento de la legalidad.

A dicho órgano administrativo se le asignó la facultad de acordar medidas de interrupción del servicio o de retirada de contenidos vulneradores de los derechos de propiedad intelectual en el curso de un procedimiento administrativo de restauración de la legalidad sobre el que inicialmente sólo se estableció a nivel legal que se iniciaría a instancia del titular del derecho de propiedad intelectual, que en él comparecerían los responsables de los servicios de la sociedad de la información; y que estaría basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992 *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*.

En consecuencia, se trataba de introducir un procedimiento ágil y efectivo para la protección de la propiedad intelectual<sup>438</sup>, enfocado a hacer frente a cualquier acción o actividad vulneradora de las facultades patrimoniales que corresponden a los legítimos titulares realizada por los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Posteriormente, dicha regulación legal fue desarrollada a nivel reglamentario por el Real-Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, el cual fue convalidado judicialmente en dos Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2013<sup>439</sup>. Finalmente, fue completado y modificado en algunos puntos a través de la Ley 21/2014, reforma que se concretó en la elaboración del actual artículo 195 del TRPI (*ex* artículo 158 *ter*), en el que figura la regulación del procedimiento.

**205.** Si bien surgió para hacer frente a los daños provocados por la piratería doméstica, el dispositivo *Sinde-Wert* se caracteriza, ante todo, por no proceder contra

---

<sup>438</sup> S. LÓPEZ MAZA, “Idas y venidas de la Ley Sinde”, *RJUAM*, nº 23, 2011, p. 215-242, en p. 221.

<sup>439</sup> Ante las dudas de constitucionalidad que planteaba la ordenación de las medidas para el restablecimiento de la legalidad por un órgano administrativo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado la conformidad a Derecho del RD que desarrolla las funciones de esta Sección Segunda, salvo en un inciso. Para un comentario y crítica de ambas Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013 *vid.* A. ARMENGOT VILAPLANA, “El cierre de páginas web y la retirada de contenidos ilícitos por la Comisión de Propiedad Intelectual (a propósito de las SSTs, Sala 3ª, de 31 de mayo de 2013)”, *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, nº 46 (enero/abril 2014), p.13-42. La autora considera que los argumentos que aporta el Tribunal Supremo no permiten comprender la razón por la que el funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual no consiste en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ni permiten entender los motivos por los que un órgano de la Administración Pública puede proteger derechos de naturaleza privada (los de propiedad intelectual). Sin negar la necesidad de remediar a la explotación ilícita de las obras en la sociedad de la información, la autora estima que la solución no puede pasar por atribuir a un órgano administrativo función jurisdiccional, pues ello supone prescindir de los más elementales principios jurídicos del Ordenamiento jurídico español.

los usuarios. Su objetivo es, por el contrario, establecer una serie de medidas contra el responsable de un servicio de la sociedad de la información<sup>440</sup>, cuya actividad vulnere derechos de propiedad intelectual. En particular, pretendía poner un freno a la actividad de aquellos prestadores de servicios cuya labor facilita el acceso o la localización de obras. La creación de la Sección Segunda suscitó, no obstante, recelo y fuerte oposición por parte de algunos grupos de usuarios de Internet, para los que cualquier medida relacionada con actividades infractoras en este ámbito debía ser adoptada por órganos judiciales y no por la Administración. Sin embargo, la razón de fondo de estas críticas residía en el temor de que este sistema pudiera cortar de raíz los recursos de que disponen los internautas para intercambiar sus recursos y acceder así a las obras ilegal y gratuitamente.

La Ley *Sinde-Wert* encomendó a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en las redes digitales, pero no de forma general, sino en el ámbito concreto de las vulneraciones cometidas por los responsables de servicios de la sociedad de la información. En consecuencia, quedan al margen de sus competencias las infracciones que puedan cometer quienes no sean prestadores de servicios de la sociedad de la información como, por ejemplo, los usuarios de redes *peer-to-peer*, los titulares de páginas personales que no desarrollan una actividad económica (por ejemplo, los *blogs*)<sup>441</sup>, así como los supuestos de elusión de las medidas tecnológicas de protección.

**206.** En virtud de lo dispuesto en el art. 195.4 TRLPI, la adopción de medidas administrativas de retirada de contenidos o interrupción del servicio se condiciona a que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un “daño patrimonial”. Se exige, por tanto, un daño efectivo o potencial de carácter económico, y en tal medida debe afectar las facultades patrimoniales de explotación<sup>442</sup>. Queda, por tanto, fuera de la competencia del procedimiento administrativo ante la Sección Segunda la defensa de

---

<sup>440</sup> Entendiendo por prestador de servicios de la sociedad de la información la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”; y por servicio de la sociedad de la información “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”, incluyéndose también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”.

<sup>441</sup> R. CASAS VALLÉS, “Comentarios al artículo 158 *ter* PLI”, in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 2149-2175, en p. 2154.

<sup>442</sup> La nueva regulación introducida por la Ley 21/2014 ha modificado la redacción de esta disposición, eliminando la referencia que el anterior apartado 4 del art. 158 hacía a que el prestador actuase, directa o indirectamente, con ánimo de lucro.

los derechos morales. Además, la reforma operada por la Ley 21/2014 ha optado por concentrar los medios y esfuerzos de la Sección Segunda en las infracciones más graves<sup>443</sup>. Con todo, la misma Ley ha extendido la función de salvaguarda a actividades que antes quedaban al margen, o al menos existían dudas acerca de su calificación jurídica, evitando, en la medida de lo posible, que la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual deba efectuar labores de interpretación<sup>444</sup>.

**207.** La Comisión actúa a petición del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideran vulnerados, o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio. Conforme al art. 195.3 TRLPI, “el procedimiento se iniciará de oficio, previa denuncia” de alguno de los sujetos legitimados<sup>445</sup> a este efecto. En línea con el objetivo de acentuar la subsidiariedad del procedimiento administrativo y de priorizar la vía judicial, el art. 195 TRLPI, tras la reforma de 2014, ordena un previo esfuerzo de autotutela por parte de los afectados. En consecuencia, la denuncia<sup>446</sup> deberá acompañarse de “una prueba razonable” de que se ha requerido infructuosamente al prestador de servicios infractor para que retire los contenidos “específicos” ofrecidos sin autorización.

**208.** Una vez iniciado el procedimiento, éste tiene por objeto el restablecimiento de la legalidad y, por su diseño, va orientado a procurar con preferencia que el requerido decida voluntariamente interrumpir la prestación del servicio o retirar los contenidos infractores en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas. Subsidiariamente, en el caso de que no se produzca el cese voluntario de la infracción, se impondrán medidas de

---

<sup>443</sup> Así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014 en su apartado V, párrafo 5º: “Una vez garantizado un mecanismo jurisdiccional eficaz para la persecución de las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual, la siguiente medida consiste en acometer una revisión del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual regulado en el artículo 158.4 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que permita concentrar las capacidades y recursos de la Comisión de Propiedad Intelectual en la persecución de los *grandes infractores* de derechos de propiedad intelectual” (la cursiva es nuestra).

<sup>444</sup> R. CASAS VALLÉS, “Comentarios al artículo 158 *ter* PLI”, in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 2154.

<sup>445</sup> En función de lo dispuesto en el artículo 195.3.1º TRLPI, tienen la condición de legitimados los titulares de los derechos vulnerados o quienes tengan encomendado su ejercicio.

<sup>446</sup> Dicha denuncia da lugar a un procedimiento o fase preliminar, pero el procedimiento de restablecimiento de la legalidad, en sí mismo, se inicia de oficio. En este sentido, la fase preliminar concluye con un denominado “Informe de Actuaciones Previas”, a partir del cual se optará entre archivar el caso o iniciar el procedimiento propiamente dicho. Esto último se efectúa de oficio, cuando las comprobaciones hayan permitido constatar que la vulneración de derechos de propiedad intelectual atribuidas a un prestador de servicios de la sociedad de la información es de suficiente entidad, atendiendo a su “nivel de audiencia en España” y al “número de obras y prestaciones” a las que da acceso, o bien a su modelo de negocio.

restauración del orden jurídico perturbado por la infracción, y que serán compatibles con el ejercicio de acciones penales, civiles y contencioso-administrativas<sup>447</sup>.

La resolución final emitida por la Comisión de Propiedad Intelectual puede traducirse en órdenes de retirada de contenidos o de interrupción del servicio, que habrán de ser adoptadas tras seguir el procedimiento específicamente incoado y tramitado con arreglo a las disposiciones de los apartados 2 y 3 del art. 195 TRLPI. Las mismas podrán comprender, además de la retirada de contenidos infractores o de la interrupción del servicio, la imposición de medidas técnicas y deberes de diligencia específicos dirigidos a asegurar el cese de la vulneración y evitar la reanudación de la misma. Se podrán extender a obras o prestaciones protegidas suficientemente identificadas cuyos derechos representen las personas que participen como interesadas en el procedimiento, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente.

En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución citada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor (art. 195.5 TRLPI)<sup>448</sup>.

**209.** La tutela administrativa no da lugar a indemnización ni alcanza para ser prestada a la cuantificación del daño, a pesar de que sí sea preciso que la conducta infractora cause perjuicio patrimonial o potencialmente pueda producirlo. Sin embargo, tras la reforma, los procedimientos de salvaguarda podrán dar lugar a la instrucción de un “procedimiento sancionador”<sup>449</sup>. La Comisión de Propiedad Intelectual ha quedado así facultada para imponer sanciones administrativas a partir del segundo incumplimiento del requerimiento de retirada o interrupción. El mismo constituirá una infracción administrativa muy grave sancionada con multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros.

**210.** Como puede apreciarse, en la práctica, el procedimiento ante la Comisión de Propiedad Intelectual establece un mecanismo progresivo el cual parte de la posibilidad

---

<sup>447</sup> Arts. 195.7 TRLPI

<sup>448</sup> *Vid. infra* nº 348 y s.

<sup>449</sup> Art. 195.6 TRLPI.

de adoptar el cese voluntario de la infracción, incluso antes de iniciarse el procedimiento, hasta llegar a los requerimientos de retirada, y sólo tras el segundo incumplimiento, el prestador de servicios podrá ser sancionado. No se entiende por qué el procedimiento administrativo consiste en la práctica en un mecanismo de respuesta graduada, semejante al que ha instaurado Francia con las Leyes Hadopi, cuando en este caso, se trata de profesionales que son, por lo general, conscientes del carácter vulnerador de los derechos de su conducta, y además obtienen beneficios económicos con ello.

**211.** Otro aspecto criticable es que el procedimiento de restablecimiento de la legalidad no ha sido ni tan rápido ni tan efectivo como pretendía ser. Esta es la razón por la cual la Ley 21/2014, a la vista de la experiencia, ha optado por concentrar la acción de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en las infracciones más graves, dejando para los otros la vía judicial, mejorada y potenciada a este efecto como prioritaria. Es decir, la supuesta “vía rápida”, sencilla o menos costosa para obtener el cese de la infracción podrá dirigirse ahora exclusivamente hacia los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual, atendiendo la Sección Segunda para acordar o no el inicio del procedimiento a su nivel de audiencia en España, y al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio. Además de una prueba del fracaso de esta vía, todo apunta a que en la práctica existirá un umbral por debajo del cual la piratería, aun de carácter comercial, podrá seguir desplegando sus efectos.

## **TÍTULO II: LA TENTACIÓN DE CONTROLAR EL ACCESO POR PARTE DE LOS TITULARES DE DERECHOS**

**212.** Las facilidades de reproducción y de transmisión puestas a disposición de cualquier internauta en las redes digitales han acentuado la vulnerabilidad y la ubicuidad de la obra en Internet. La dificultad para hacer frente a las infracciones en masa, así como el origen de un discurso tendente a desestabilizar y deslegitimar la protección que confiere el derecho de autor han ocasionado un desequilibrio para los intereses de los titulares de derechos. La reacción por parte de estos últimos no podía ser otra que la de tratar de reforzar su monopolio de explotación, como único medio para restablecer un equilibrio en línea.

**213.** Haciendo de las reivindicaciones del público en favor de una oferta abundante, renovada y a un coste asequible una crítica constructiva – y no sólo destructiva – los titulares de derechos han aprovechado las perspectivas de explotación permitidas por las tecnologías digitales para proponer nuevos modelos de negocio basados en la comercialización en línea de los bienes culturales. Para ello, era necesario encontrar una solución que técnica y económicamente hablando les permitiera preservar sus derechos. La solución ha venido de la mano del recurso a dispositivos tecnológicos que les permiten controlar el acceso y restringirlo únicamente a quienes cumplan las condiciones queridas por ellos. Medidas tecnológicas de protección y “licencias” o “condiciones generales de uso” vienen así a dotar de eficacia el modelo económico basado en la oferta legal en línea. El derecho de autor dirige así su atención hacia el control riguroso de los actos de acceso (y/o de utilización posterior de la obra). La estrategia consiste en evitar todo contacto del público con la obra si previamente no ha cumplido con las exigencias marcadas por el titular de derechos (habitualmente, el pago de un precio), es decir, antes de que la obra aparezca en la pantalla de su terminal de lectura, cuando el titular de derechos aún tiene el dominio sobre el ejemplar desmaterializado. En consecuencia, el acceso anhelado por el público se ve así a su vez restringido como único medio de que disponen los titulares de derechos para preservar el modelo económico de la distribución digital. Algunos autores han podido hablar, a este respecto, del origen de un derecho “de acceso” en beneficio de los titulares de derechos de explotación.

**214.** El origen de esta oferta legal en línea ha supuesto un importante revés a la piratería digital. Con todo, la misma está lejos de haber sido completamente erradicada. De ahí que haya sido necesario reforzar las estrategias para hacer frente a las infracciones en línea. En este sentido, uno de los recursos ha consistido también en poner el foco de atención en los actos de acceso. Para ello, la estrategia consiste en solicitar la colaboración de un tercero que, a pesar de no ser infractor, se encuentra en condiciones de impedir o limitar el acceso a la obra (así, un proveedor de servicios de acceso o un motor de búsqueda). La acción de cesación ofrece, en consecuencia, un valioso recurso a los titulares de derechos para ordenar la suspensión del acceso a los sitios web infractores.

**215.** En definitiva, el derecho de autor evoluciona hacia un mayor control de los actos de acceso, control que se manifiesta tanto en las nuevas formas de comercialización de las obras en línea (Capítulo 1), como en los nuevos mecanismos de defensa de los derechos (Capítulo 2).

## Capítulo 1: El control del acceso en las nuevas modalidades de comercialización de las obras en línea

**216.** Internet se ha convertido en el principal mercado de distribución y acceso a las obras del espíritu. Junto a la proliferación de los usos ilegales, las nuevas tecnologías han abierto nuevas oportunidades de explotación para los titulares de derechos. Numerosas son, hoy en día, las plataformas digitales que permiten a los usuarios acceder legalmente a una oferta cultural abundante y constantemente renovada. La tendencia se encuentra presente en todos los sectores de la creación: música, películas, series, libros, prensa, radio, videojuegos, programas de ordenador, enciclopedias, bases de datos, etc. La creciente aceptación de estas nuevas modalidades de consumo de las obras y prestaciones protegidas por parte de los consumidores ha supuesto un importante revés a la piratería digital, especialmente en el ámbito audiovisual y musical. Informes recientes demuestran cómo las descargas ilegales de música, series y películas han caído vertiginosamente<sup>450</sup>, circunstancia que se explica en gran medida por la progresiva migración de los consumidores hacia las plataformas de acceso legal en línea como *Netflix*, *Deezer*, *Spotify*, *iTunes*, *Kindle* u *OCS*. Las mismas ofrecen una variada paleta de usos que van desde el pago por un consumo en el acto de una obra (*pay-per-use*), hasta la compra de un ejemplar desmaterializado (por ejemplo, un libro electrónico o un CD), pasando ofertas basadas en la suscripción de abonos que permiten acceder a un amplio catálogo de obras y prestaciones protegidas en *streaming*.

**217.** En este universo en que los soportes tangibles desaparecen, cediendo el paso a la difusión en línea, ha sido necesario el despliegue de recursos adicionales para proteger de forma eficiente el modelo económico de la distribución del contenido digital. Como alternativa a la desaparición del soporte físico, y para hacer frente a la pérdida de eficacia del derecho exclusivo, en un entorno marcado por la facilidad de copia y la difusión instantánea y masiva de las obras al alcance de cualquier usuario de

---

<sup>450</sup> *Le piratage en France. Malgré de vrais succès, l'essentiel reste à faire. Estimation du manque à gagner lié à la consommation illégale de contenus audiovisuels*, Estudio realizado por Ernst & Young con el apoyo de la ALPA, 2ª edición, junio de 2018, p. 16: afirma que los servicios legales que difunden música tales como *Spotify* o *Deezer* han reducido drásticamente el consumo ilegal en la industria musical, siendo dicho consumo en la actualidad inferior a un 10%. En un sentido similar, *L'écosystème illicite de biens culturels dématérialisés. Les modèles techniques et économiques des sites ou services illégaux de streaming et de téléchargement de biens culturels*, HADOPI, Enero de 2019 p. 11: señala que la música es consumida de manera exclusivamente legal en la actualidad por tres de cada cuatro internautas. El desarrollo de ofertas atractivas en este sector, a través de plataformas como *Deezer*, *Soptify* o *Apple Music* ha desempeñado, en efecto, un papel decisivo en la modificación de los comportamientos de uso.



la red<sup>451</sup>, los titulares de derechos han recurrido al empleo de dos nuevas herramientas para proteger la comercialización del ejemplar: el contrato y la tecnología. Ambos mecanismos dificultan los comportamientos susceptibles de poner en entredicho la supervivencia de los nuevos modelos de negocio basados en la comercialización en línea de las obras y prestaciones protegidas. Se trata, en definitiva, de restaurar el desequilibrio que provoca, para los intereses de los titulares de derechos, la vulnerabilidad a la que estos objetos se encuentran expuestos en el entorno digital.

**218.** Este nuevo equilibrio destinado a garantizar la pervivencia de la oferta legal en línea pasa, en primer lugar, por la posibilidad de que el acceso a la obra quede supeditado a la existencia de un primer acto de comercialización lícita del ejemplar, sea cual sea la forma que dicha comercialización revista (adquisición de un derecho temporal de acceso, adquisición duradera de un ejemplar, etc.). En segundo lugar, los esfuerzos se concentran en asegurar un cierto dominio sobre los ejemplares ya comercializados: el objetivo consiste en impedir – o al menos dificultar - que éstos se reproduzcan y se dispersen de forma descontrolada en línea. Dicho de otro modo, la finalidad es que el primer acceso lícito a la obra, no desemboque en una ampliación de las posibilidades de acceso a la misma por parte de otros usuarios que el titular de derechos no ha tenido en cuenta. Esto exige imponer de antemano un cierto control que, más allá del acceso inicial al ejemplar, se extienda a la utilización del mismo, pudiendo así limitar o frenar las posibilidades de copiarlo, difundirlo, prestarlo, o hasta revenderlo. Finalmente, y dado que algunos usos de las obras pueden ser libres por el juego de una excepción, existe nuevamente un interés por controlar ese estadio previo a la utilización de la obra, como medio para los titulares de derechos de ver garantizada la comercialización del ejemplar.

**219.** El paso hacia una explotación o comercialización de las obras en línea ha supuesto, en definitiva, una adaptación del derecho de autor cuyo foco de atención se sitúa en el control riguroso del acto de acceso efectivo e individual, ya sea en sí mismo considerado, ya sea como una condición para la utilización subsiguiente del ejemplar. En consecuencia, es posible distinguir un interés por inscribir dentro del perímetro de la

---

<sup>451</sup> A. LATREILLE y Th. MAILLARD, “Le cadre légal des mesures techniques de protection et d’information”, *D.* 2006, p. 2171: “La amenaza de sanciones por la infracción de derechos no basta para contener las prácticas contrarias a la propiedad literaria y artística. Este fenómeno se encuentra globalmente facilitado por el carácter esencialmente doméstico del uso de objetos protegidos. También se encuentra especialmente favorecido por la generalización de los equipos y las redes digitales” (traducción propia).

protección, no sólo el control directo de los actos de acceso (Sección 1ª), sino también el control de acceso como etapa previa a la utilización ulterior de la obra (Sección 2ª).

## Sección 1ª: El control directo de los actos de acceso

**220.** La protección de la comercialización de ejemplares desmaterializados exige, en primer lugar, que el titular de los derechos de explotación disponga de la capacidad para impedir el acceso, en tiempo real, a quienes no reúnan las condiciones exigidas por ellos. Existe así un interés en el control “directo” de los actos de acceso, entendiendo por tal el control efectivo e individual del usuario a la obra<sup>452</sup>. Este control del acceso se impone en todos los modelos basados en la distribución digital de las obras, y particularmente cuando lo que se “vende” es un simple derecho de acceso a las obras en línea.

En efecto, las nuevas tecnologías han traído consigo nuevas formas de comercializar las obras en línea en formato digital. Entre ellas, ocupan un lugar destacado los servicios cuyo modelo económico se encuentra basado en la venta de un derecho de acceso a la obra en *streaming*. Su rápida extensión ha suplantado tanto a las ventas en soporte material, como a las descargas permanentes de archivos<sup>453</sup>. El consumo de los bienes culturales, que hasta el momento se había asentado, en gran medida, en la adquisición de un soporte en propiedad, cede el paso a la adquisición de un mero derecho de acceso en línea al ejemplar. Se habla así del paso de una lógica de propiedad a una lógica de acceso<sup>454</sup>. Dos son los principales factores que han propiciado esta migración de los consumidores hacia las ofertas de acceso. Por un lado, la tecnología digital ofrece a los

---

<sup>452</sup> Sobre la distinción entre el control directo e indirecto del acceso a la obra, *vid. infra*, n° 241.

<sup>453</sup> De hecho, esta afirmación no se limita al ámbito de la oferta legal. También en el plano de la oferta ilegal, el acceso en *streaming* ha suplantado a las descargas permanentes de archivos puestos en línea sin autorización. Este uso parece comportar menores riesgos, hasta el punto de que la mayoría de los usuarios considera que consultar una obra en *streaming* es perfectamente legal puesto que no se descarga de forma definitiva el contenido.

<sup>454</sup> *Vid.* “Ownership to access”, in *Global Music Report. Music Consumption Worldwide. State of the Industry Overview 2016*, IFPI, p. 15-17: El informe habla del auge del *streaming*, es decir, del cambio reciente de la propiedad a los modelos de consumo de las obras basados en el acceso. No obstante, a pesar del éxito del que gozan ciertos servicios en línea basados en la venta de un derecho de acceso a las obras, el interés por la obtención de una copia duradera no ha desaparecido por completo, al menos en algunos sectores como puede ser el libro. Dentro del contexto de la oferta legal en línea, existen asimismo servicios que ofertan la descarga de una copia de carácter permanente, en uno o varios terminales aportados por el usuario. Sobre este paso de la lógica de propiedad a la lógica de acceso desde un punto de vista general, y no limitado al consumo de bienes culturales, *Vid.* J. RIFKIN, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte, Paris, 2005.

usuarios la posibilidad de elegir ese acceso (§1). De modo correlativo, el empleo de ciertos dispositivos técnicos permite a los titulares de derechos establecer controles sobre dicho acceso (§2).

## **§1. La posibilidad de elegir el acceso a la obra**

**221.** Una de las novedades propias de la tecnología digital ha consistido en el desarrollo de nuevas formas de comunicación de tipo “interactivo”. Esta interactividad ha contribuido de manera importante al origen de nuevas formas de acceder a las obras en línea (1). A nivel jurídico, esta circunstancia se ha plasmado en el reconocimiento, de una nueva modalidad de comunicación pública cual es el derecho de puesta a disposición (2).

### **A. La interactividad, origen de las nuevas formas de acceder a las obras en línea.**

**222.** Internet se sitúa en la continuidad de otros medios de comunicación de masas como la radio o la televisión. El desarrollo de dichos medios, a principios del siglo XX, supuso ya un cambio importante en la difusión de las obras, así como en la configuración del público. En efecto, el primitivo derecho de representación, reconocido por primera vez en Francia por el Decreto Revolucionario de 1791, fue concebido para la exhibición de la obra ante un público reunido en un mismo lugar y momento<sup>455</sup>. Su fuente de inspiración era la representación teatral. En este sentido, la llegada de los medios de comunicación a distancia condujo a una ruptura de esta unidad de lugar, y a la dispersión del público en multitud de usuarios individuales, cada uno de los cuales podía acceder a la obra desde su ámbito privado o familiar.

**223.** La radiodifusión o teledifusión permiten, por lo tanto, comunicar la obra a un público no presente en el lugar de origen de dicha comunicación. En su modalidad tradicional, esta comunicación al público es de carácter lineal. Ello implica que todos los miembros del público que acceden a la obra de forma efectiva, lo hacen al mismo tiempo, independientemente del lugar en que se encuentre cada uno de ellos. Las

---

<sup>455</sup> Desde esta perspectiva, el concepto de público se refería al conjunto de personas que se encontraban reunidas en el espacio en donde tenía lugar la comunicación o la representación de la obra en directo.

emisiones están, por tanto, destinadas a una recepción simultánea por el conjunto del público, estableciéndose así una comunicación “de punto a multipunto”<sup>456</sup>. El entorno digital ha dado un paso más en la evolución de las técnicas de comunicación a distancia por cuanto ha permitido el desarrollo de la comunicación de tipo “interactivo”. Este tipo de comunicación permite al destinatario elegir, no sólo el lugar, sino también el momento en que desea acceder a la obra. Ésta última se encuentra almacenada en un servidor en línea, de manera que su comunicación efectiva se produce “a la demanda” individual del destinatario. A diferencia de cuanto ocurre con la comunicación linear, la comunicación interactiva o “a la carta” se efectúa, por tanto, “de punto a punto”<sup>457</sup>. En consecuencia, este tipo de comunicación supone una ruptura de la unidad temporal, y otorga al público un papel activo<sup>458</sup>, que le permite decidir en qué momento<sup>459</sup> y desde qué lugar accederá a la obra<sup>460</sup>, sin quedar supeditado a la programación horaria del prestador del servicio.

**224.** Este hecho constituye la clave del éxito de una nueva forma de comercializar las obras protegidas en línea basada en la venta de un mero derecho de acceso. Hacemos aquí referencia a los casos en que, en lugar de una copia permanente de la obra, el usuario adquiere únicamente la facultad de leerla, visionarla o

---

<sup>456</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El Derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, 2ª ed., 2003, p. 173.

<sup>457</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El Derecho de autor en Internet...*, loc. cit.

<sup>458</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Bruselas, 2ª ed., 2007, nº 466, p. 369: “La comunicación al público es generalmente entendida como el hecho de transmitir una obra a un público pasivo, o al menos que no tiene la elección de las obras que escucha o visiona, publico compuesto por un cierto número de personas reunidas en el mismo espacio y en un mismo instante. Nos referimos a un concierto, a una sesión de cine, a una representación de una obra de teatro. Las modalidades de transmisión de las obras en Internet, por medio de las cuales personas aisladas pueden tener acceso a un contenido difundido, en el momento que elijan, revoluciona esta concepción tradicional” (traducción propia). En un sentido similar, M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, 2002, p. 496: “las transmisiones digitales no pueden calificarse como radiodifusión (simplemente porque ésta última presupone un comunicador activo y receptores pasivos)”.

<sup>459</sup> Th. MAILLARD, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse Université Paris-Sud, nº 433, p. 244: “Lo esencial de la interactividad reside en la elección individual del momento. El destinatario de un servicio a la demanda, contrariamente a aquel de un servicio de radiodifusión, por ejemplo, obtiene la comunicación del objeto protegido tras una petición individual” (traducción propia).

<sup>460</sup> Th. MAILLARD, *La réception des mesures techniques de protection et d'information ...*, op. cit., nº 432, p. 244: “La elección individual del momento y del lugar se encuentra en el corazón de la interactividad. Podríamos añadir la elección del contenido mismo, pero éste queda necesariamente limitado al catálogo establecido por el prestador del servicio, cualquiera que sea su extensión” (traducción propia).

escucharla en *streaming*<sup>461</sup> mediante una conexión a Internet, en el lugar y momento que elija individualmente. Algunos de estos servicios ofrecen la posibilidad de acceder a una obra concreta durante un determinado lapso de tiempo a cambio de un precio<sup>462</sup>, pero los que gozan de mayor aceptación entre el público son aquellos que proporcionan acceso a un amplio catálogo de obras, durante el período de vigencia de la suscripción. La posibilidad de acceder en línea a las obras en cualquier momento, y tantas veces como el usuario quiera, hace que estos servicios ofrezcan un confort equiparable a la posesión duradera de un ejemplar. Ello ha propiciado un cambio en los hábitos de consumo de las obras protegidas caracterizado por la migración desde la adquisición del soporte a la suscripción al servicio<sup>463</sup>, o, lo que es lo mismo, el paso de un modelo basado en la propiedad hacia un modelo basado en el mero acceso al ejemplar<sup>464</sup>. En consecuencia, las nuevas tecnologías digitales no sólo han permitido al titular de derechos prescindir de la presencia un soporte físico para explotar las obras<sup>465</sup>, sino que entre el público es perceptible este desinterés por la propiedad del soporte o de la copia definitiva; así como una preferencia cada vez más acusada por la suscripción a los servicios de acceso en detrimento de la adquisición de copias permanentes.

El crecimiento exponencial de los servicios basados en el acceso a los bienes culturales en línea descansa, en definitiva, en esta interactividad propiciada por el desarrollo de la tecnología digital. A la no dependencia de la posesión de una copia duradera para poder acceder a la obra en todo momento, se une el atractivo de poder acceder a un amplio catálogo de obras. La interactividad y la abundancia de la oferta

---

<sup>461</sup> El vocablo inglés de *streaming* hace referencia a emisión en continuo o retransmisión en directo. También denominada “transmisión por secuencias”, “lectura en continuo”, “difusión en continuo” o “descarga continua”, esta tecnología es empleada para la difusión digital de contenido multimedia. Su particularidad radica en el almacenamiento del flujo de descarga en un búfer o memoria temporal de datos en el soporte del usuario para inmediatamente mostrarle el material descargado. La lectura del archivo descargado se produce así de forma casi concomitante a su descarga, sin que quede almacenada una copia definitiva del mismo en el soporte de lectura del usuario.

<sup>462</sup> Es el llamado *pay-per-view* o *pay-per-listen*, equivalentes a lo que en el mundo analógico se entendía por el alquiler del ejemplar.

<sup>463</sup> En el plano contractual, este cambio supone el paso de un contrato de venta a un contrato de prestación de servicios.

<sup>464</sup> En este sentido, S. DUSOLLIER señala que “de una sociedad en la cual la cultura se consume principalmente por medio de la adquisición de soportes, pasamos paulatinamente a una sociedad en la cual es el acceso y la utilización de los bienes culturales lo que se vende y compra, a un mundo del “pay-per-use”, en el cual cada acto de consulta de una obra podrá ser medido, tarificado y facturado”: S. DUSOLLIER, “Incidentes et réalités d’un droit de contrôler l’accès aux œuvres en droit européen”, in S. DUSOLLIER (coord.), *Le droit d’auteur: un contrôle de l’accès aux œuvres?*, Cahiers du CRID, Bruylant, Bruselas, 2000, p. 25-52, p. 28.

<sup>465</sup> Con la digitalización, desaparece el *corpus mechanicum*. Las obras ya no necesitan un soporte material para poder existir y ser explotadas.

constituyen así la clave de la aceptación, por parte de los consumidores, de las ofertas de acceso en *streaming*. Podemos citar, asimismo, otros factores de tipo periférico que contribuyen a este desinterés del público por la propiedad del soporte o de la copia permanente: la accesibilidad a Internet, así como la calidad y velocidad de la conexión; la capacidad de memoria viva o *caché* del dispositivo de lectura; o la proliferación de dispositivos móviles que facilitan el acceso a los servicios de contenido en línea con independencia del lugar en que se encuentre el consumidor (ordenadores, tabletas o teléfonos inteligentes)<sup>466</sup>. En el marco de su estrategia para favorecer la creación de un mercado único digital, la Unión Europea ha introducido asimismo algunas medidas destinadas a impulsar los modelos económicos basados en la venta de un derecho de acceso. El Reglamento *relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenido en línea en el mercado interior*<sup>467</sup> permite así los abonados a un servicio de contenido en línea acceder al mismo cuando se encuentren temporalmente en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia. Coadyuva a esta posibilidad de acceder al servicio fuera de las fronteras del territorio de residencia la supresión de las tarifas de *roaming* en el ámbito de la Unión Europea<sup>468</sup>.

**225.** Por parte de los prestadores de este tipo de servicios de acceso, son también perceptibles algunas iniciativas tendentes a reproducir algunas de las comodidades propias de la posesión de una copia permanente del ejemplar. Así, y dado que el mayor inconveniente que pueden presentar estos servicios es la imposibilidad de acceder a los mismos cuando el usuario no dispone de una conexión a Internet, algunos de ellos permiten a sus abonados crear una *playlist* para su acceso fuera de línea. En tanto en cuanto ello implica una reproducción previa en la memoria del dispositivo del

---

<sup>466</sup> X. GREFFE, “A qui profite la mobilité numérique”, *Juris Art. etc.* 2015, n° 21, p. 32: habla de una “movilidad digital”, noción que define como “el hecho de que una persona pueda, con ayuda de teléfonos móviles o de tabletas, acceder a través de las redes celulares o del WiFi a informaciones digitalizadas, emplearlas y comunicar a partir de las mismas, ya sea para profundizar en los propios conocimientos, acceder a servicios, o incluso desplazar objetos. Esta expresión señala a justo título que el acceso al entorno digital ya no está ligado a la posición precisa de un ordenador (no portátil) o de una línea fija, lo cual implicaría una dependencia hacia la movilidad geográfica. Así, las posibilidades de acceso se han multiplicado infinitamente, escapando a las fricciones y costes que implican pasar físicamente por lugares obligados. Podríamos decir, en cierto modo, que el entorno digital y la tecnología han transformado el universo horizontal de la movilidad física en una movilidad virtual universal, independiente del punto del espacio en que nos situemos, e incluso que han borrado la referencia espacial, y que desde ahora todos los movimientos quedan permitidos en la dirección que deseemos, de ahí la expresión de “nomadismo digital” (traducción propia).

<sup>467</sup> Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 *relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior*.

<sup>468</sup> Reglamento (UE) 2015/2120 del parlamento europeo y del consejo de 25 de noviembre de 2015 *por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta*.

usuario, se plantea la cuestión de si dicha reproducción puede quedar cubierta por una excepción. Se crea así una situación a medio camino entre el mero acceso en línea y la descarga permanente del ejemplar, circunstancia que dificulta su calificación jurídica. Este tipo de reproducciones rebasa, en efecto, los contornos de la excepción de reproducción provisional reconocida en el artículo 5.1 de la Directiva de 2001/29/CE, pues éstas se limitan a las reproducciones efectuadas en la memoria viva del dispositivo, y están destinadas a permitir la visualización o la escucha de las obras en *streaming*. A nivel funcional, la constitución de una *playlist* para su uso fuera de línea se asimila ciertamente a la realización de una copia para uso privado. Sin embargo, las particularidades que este tipo de reproducciones encierran encajan mal en la excepción prevista a estos efectos. De entrada, las condiciones en las que pueden realizarse tales copias se encuentran rigurosamente establecidas en los términos de la licencia de uso<sup>469</sup>, lo cual entra en conflicto con la libertad propia de los actos cubiertos por las excepciones. A ello se añade el hecho de que el servicio desempeña un papel ineludible en la realización de las mencionadas reproducciones. Además, la copia será suprimida en todo caso por el prestador del servicio en el momento en que se rescinda la suscripción, puesto que la temporalidad de la prestación es una cualidad inherente a los servicios basados en el acceso<sup>470</sup>. Todas estas circunstancias dificultan la calificación de este tipo de copias como copias privadas, lo cual supone que el prestador de servicios debería solicitar las autorizaciones correspondientes a los titulares de derechos si quiere proporcionar esta funcionalidad de creación de *playlists* a sus usuarios.

**226.** Con todo, y a pesar de cuanto los servicios de acceso a los contenidos en línea proporcionan una serie de comodidades que conducen al usuario a poder prescindir de la adquisición de un soporte o ejemplar duradero, una diferencia fundamental subsiste entre estas dos modalidades de consumo de las obras. Dicha diferencia consiste en la ausencia de valor residual una vez que el contrato con el prestador de servicios ha sido rescindido. En otras palabras, mientras el contrato sigue vigente, el usuario puede acceder tantas veces como quiera a las obras que conforman el

---

<sup>469</sup> Sobre la regulación de la utilización de la obra por medio del contrato, *vid. infra.*, nº 250.

<sup>470</sup> En efecto, la duración de la prestación queda supeditada a la vigencia del contrato con el prestador del servicio.

catálogo del prestador del servicio, pero una vez que la suscripción finaliza, el usuario no conserva copia alguna de las obras o prestaciones a las que ha tenido acceso<sup>471</sup>.

**227.** La interactividad ha constituido, en todo caso, un factor determinante en el origen de las nuevas formas de acceder a las obras en línea basadas en la venta de un derecho de acceso. A nivel jurídico, las particularidades propias de la comunicación interactiva han supuesto el reconocimiento, de una nueva modalidad de comunicación pública.

## **B. La interactividad, origen de una nueva modalidad de comunicación pública**

**228.** En el plano jurídico, la interactividad inherente al entorno digital suscitó un importante debate: ¿es necesaria la obtención de una autorización para difundir una obra en las redes digitales cuando su transmisión efectiva se produce a iniciativa del usuario, el cual desempeña, en consecuencia, un papel activo en dicha transmisión? Y en caso afirmativo, ¿cuál o cuáles de los derechos reconocidos en la ley han de aplicarse a las transmisiones en línea de carácter interactivo? ¿Es necesario reconocer un nuevo derecho? La discusión fue planteada esencialmente en el plano internacional, ya que se consideró que la particularidad de las transmisiones a la demanda no quedaba claramente comprendida en el Convenio de Berna *para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Considerando esta protección como insuficiente<sup>472</sup>, la

---

<sup>471</sup> Extracto de las condiciones de *Apple Music*: “*Apple Music* es un servicio musical de suscripción. Su suscripción de *Apple Music* se renovará automáticamente hasta que Ud. desactive la renovación automática en los ajustes de su cuenta. [...] Cuando finalice su suscripción de *Apple Music*, Ud. perderá el acceso a cualquier función de *Apple Music* que requiera una suscripción, incluyendo a título enunciativo, que no limitativo, el acceso a las canciones de *Apple Music* que estén almacenadas en su dispositivo y en la Biblioteca de Música *iCloud*. Apple se reserva el derecho de cancelar su suscripción de *Apple Music* si no puede efectuar con éxito el cargo correspondiente en su método de pago para renovar su suscripción”.

<sup>472</sup> El derecho de comunicación pública reconocido en el Convenio de Berna sólo se aplicaba a ciertas categorías de obras. La duda venía del hecho de que ninguna disposición reconocía un derecho de comunicación al público de alcance general. El artículo 11 sólo reconocía un derecho exclusivo a autorizar la representación y ejecución pública (así como la transmisión pública de dicha representación o ejecución) para las obras dramáticas, dramático-musicales y musicales. Es cierto que tales categorías de obras eran las únicas que daban lugar a una comunicación pública cuando dicho Convenio fue redactado (A. LUCAS, *Droit d’auteur et numérique*, Litec, Paris, 1998, n° 269, p. 137). La cuestión más controvertida antes de la Conferencia diplomática que dio lugar a los Tratados Internet de la OMPI era la de determinar si el titular del derecho de comunicación al público podía oponerse a la transmisión digital de las obras hecha a la demanda de los “consumidores” (A. LUCAS, *Droit d’auteur et numérique*, op.cit., p. 137-138).



modernización de las disposiciones contenidas en dicho Tratado<sup>473</sup> se reveló necesaria para el establecimiento de una protección, armonizada y adaptada a las nuevas tecnologías, del derecho de autor a nivel internacional. La clarificación de la naturaleza jurídica de las transmisiones digitales fue, por tanto, una de las finalidades primordiales de los llamados “Tratados Internet”<sup>474</sup> de 1996, cuya elaboración fue impulsada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI).

**229.** Durante los trabajos preparatorios de dichos Tratados, un consenso fue logrado de inmediato en los Comités de la OMPI: la transmisión de las obras en Internet quedaba supeditada al consentimiento del autor o del titular de derechos, aun cuando dicha transmisión se hiciera a iniciativa de su destinatario<sup>475</sup>. Sin embargo, la discrepancia persistía en cuanto al derecho o derechos que debían aplicarse a dichas transmisiones, si bien los derechos de comunicación pública y distribución fueron identificados como los dos candidatos principales. La cobertura de ambos derechos difería de modo considerable en cada uno de los derechos nacionales, y por ello, resultaba difícil llegar a una solución consensuada. En consecuencia, el acto de transmisión digital fue descrito de un modo técnicamente neutro, en lo que fue denominada la “umbrella solution”<sup>476</sup> o “solución paraguas”.

Los Estados signatarios de los Tratados quedaban así obligados a implementar en su legislación interna el derecho exclusivo de puesta a disposición de la obra “de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija” quedando a su libre elección el derecho o

---

<sup>473</sup> Lo mismo cabe afirmar con respecto a la Convención de Roma de 1961 *sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión*.

<sup>474</sup> *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y Tratado de la OMPI Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT)*.

<sup>475</sup> Como afirma A. Lucas, “el hecho de que la transmisión digital de las obras se efectúe a la demanda de los “consumidores” no tiene ninguna incidencia, en todo caso en el Derecho francés. Sin duda el concepto de representación se refería, en su origen, a las comunicaciones destinadas a un público presente en un mismo lugar y al mismo tiempo, por ejemplo, en un teatro o en una sala de conciertos. Pero extenderlo a las transmisiones a distancia, alámbricas o inalámbricas, suponía ya admitir que era indiferente el hecho de que el público no se encontrase reunido en la misma sala. Basta con llevar esta lógica hasta su extremo considerando que es igualmente indiferente que la obra sea transmitida a la misma hora a un público pasivo, o que cada uno pueda acceder a ella en el momento de su elección. En cuanto al hecho de que es el usuario el que elige el momento de la comunicación, no vemos tampoco por qué motivo debería ejercer influencia alguna. Puesto que es del lado del que explota la obra desde donde conviene situarse, basta con tener en cuenta que pone la obras a disposición del público” (traducción propia): A. LUCAS, H.-J. LUCAS y A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4<sup>a</sup> ed., 2012, n° 307, p. 288-289.

<sup>476</sup> M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 496.

derechos que mejor se acomodasen a sus tradiciones jurídicas. De esta manera, los Estados que pretendían llegar a la misma solución sobre la base de un derecho de “distribución inmaterial”<sup>477</sup>, tenían la libertad de transponer como quisieran el principio establecido en el art. 8 WTC<sup>478</sup>. No obstante, dado la mayoría de los Estados signatarios se mostraban partidarios de inscribir el derecho de puesta a disposición dentro de la definición del derecho de comunicación pública, la llamada “solución paraguas” quedó finalmente inserta en el artículo relativo al derecho de comunicación pública. El art. 8 del Tratado WCT extiende así el ámbito de aplicación del derecho de comunicación pública para todo tipo de obras a las modalidades de comunicación interactivas a la demanda, es decir, a los casos en que las personas que forman parte del público pueden tener acceso a las obras desde lugares y en momentos diferentes.

**230.** Esto último supone que el derecho de puesta a disposición entra en juego tanto si la reproducción que tiene lugar en el dispositivo del usuario final es provisional como si es permanente. Su aplicación no se limita a la puesta en línea en *streaming*, sino que también se extiende también a las descargas descendentes de carácter permanente. Éstas últimas supondrán, por tanto, un ejercicio cumulativo de los derechos de reproducción y de puesta a disposición, con la necesidad de solicitar las autorizaciones pertinentes de los titulares de derechos<sup>479</sup>.

Sin embargo, el derecho de puesta a disposición no cubre la totalidad de las transmisiones que tienen lugar en Internet. Si la comunicación de tipo interactivo es un fenómeno característico de Internet, este medio de comunicación es igualmente apto para permitir las comunicaciones de tipo linear. Ambos tipos de comunicación, linear e interactiva, confluyen o coexisten en Internet, y constituyen modos de transmisión diferentes. Por lo tanto, no toda transmisión en línea constituye un caso de puesta a disposición. Tal y como ha afirmado el TJUE en su Sentencia de 26 de marzo de

---

<sup>477</sup> Es, por ejemplo, el caso de Estados Unidos.

<sup>478</sup> Art. 8 WCT: “Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

<sup>479</sup> A. LUCAS, *Droit d’auteur et numérique*, op.cit. p. 135: “Una cuestión previa es la de saber si la distinción entre reproducción y representación (o comunicación pública) tiene un sentido y un futuro en el entorno digital. Se puede plantear porque la llegada de las redes digitales desplaza y enturbia la frontera multiplicando las hipótesis de solapamiento. Me parece, a pesar de todo, que esta frontera subsiste y merece ser mantenida puesto que procede de la naturaleza de las cosas” (traducción propia).

2015<sup>480</sup>, para que un acto pueda ser calificado de puesta a disposición del público en el sentido del apartado 2º del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE, “[...]debe cumplir los dos requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición, a saber, permitir al público de que se trate el acceso al objeto protegido en cuestión tanto desde el lugar como en el momento que elija”, hecho que no sucede con las emisiones transmitidas en Internet en directo<sup>481</sup>. En consecuencia, el derecho de puesta a disposición no se aplica a todas las transmisiones digitales, sino únicamente a los llamados servicios “a la carta”<sup>482</sup>.

**231.** Si bien el derecho de puesta a disposición no constituye más que una nueva modalidad de comunicación pública, la distinción entre la comunicación linear e interactiva puede ser determinante en algunos supuestos. Así, se ha discutido si ciertas derogaciones al derecho exclusivo de comunicación pública debían aplicarse a las comunicaciones de tipo interactivo. El problema se ha planteado específicamente en el ámbito de las *webradios* en Francia en relación con la remuneración equitativa prevista para determinados usos de los fonogramas publicados con fines comerciales. El concepto de *webradio* engloba diversos usos de las obras. En su modalidad de *simulcasting*, el servicio ofrece una transmisión en Internet, de forma simultánea y sin variación alguna, de programas radiodifundidos a la manera “tradicional” o lineal; mientras que en la modalidad de *webcasting* se emiten programas específicamente elaborados para su difusión en continuo por medio de Internet. Existen finalmente algunas modalidades más sofisticadas o híbridas, que se sitúan a medio camino entre la comunicación linear e interactiva. Estos servicios *quasi* a la demanda son propios de las *webradios* temáticas, en las cuales, las emisiones se personalizan en función de las preferencias del usuario<sup>483</sup>.

La licencia legal establecida en el art. L. 214-1 CPI permite a las radios hertzianas la difusión de todos los fonogramas publicados con fines comerciales a cambio de una remuneración equitativa<sup>484</sup>. Por medio de la Ley nº 2016-925 de 7 de julio de 2016

---

<sup>480</sup> SJTUE (Sala Novena) de 26 de marzo de 2015 (Sala 9ª), asunto C- 279/13, *C More Entertainment AB y Linus Sandberg:RLDI* jun 2016, nº 3770, obs. S. Dormont.

<sup>481</sup> Apartados nº 25 y 27 de la SJTUE *C More Entertainment AB y Linus Sandberg* anteriormente citada.

<sup>482</sup> I. STAMATOUDI, yP. TORREMANS, (ed.), *EU Copyright Law. A commentary*, nº 11.24, p. 411-412.

<sup>483</sup> La más conocida es la *webradio* estadounidense *Pandora*.

<sup>484</sup> El art. L. 214-1 CPI encuentra su homólogo en el art. 116.2 TRLPI. A diferencia de cuanto ocurría en la legislación francesa con anterioridad a la reforma introducida por la *loi Création* de 7 de julio de 2016, la remuneración equitativa reconocida en el art. 116.2 del TRLPI es aplicable “para cualquier forma de

*relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine* se amplió el alcance de dicha disposición a ciertas difusiones realizadas por las *webradios* no interactivas, excluyendo expresamente los servicios de radio cuyo programa principal esté mayoritariamente dedicado a un artista-intérprete, a un mismo autor, a un mismo compositor, o proceda de un mismo fonograma. Quedan igualmente excluidos del sistema de remuneración equitativa los servicios que contengan funcionalidades que permitan a un usuario influenciar el contenido del programa o la secuencia de su comunicación. Esta disposición fue motivo de un recurso interpuesto ante el *Conseil constitutionnel* por la *Société civile des producteurs phonographiques* y la *Société civile des producteurs de phonogrammes*. En su decisión de 4 de agosto de 2017<sup>485</sup>, el *Conseil constitutionnel* declaró conforme a la Constitución la extensión del régimen de la licencia legal a los servicios de radio en Internet, pero únicamente para las radios no interactivas. Es decir, la extensión queda limitada a los servicios cuyas modalidades de difusión son comparables a las de la radiodifusión hertziana. El *Conseil constitutionnel* afirma que tales disposiciones persiguen un objetivo de interés general y que el perjuicio ocasionado a los titulares de derechos, aparte de ser mínimo, es compensado por medio de una remuneración equitativa. El razonamiento tiene en cuenta el grado de interactividad de la radio digital y su aptitud para reemplazar las utilidades primarias de los fonogramas, y en particular la venta de los mismos. En consecuencia, la ampliación del perímetro de la remuneración equitativa queda limitada a las modalidades de difusión en línea comparables a la radiodifusión hertziana<sup>486</sup>.

**232.** Por lo demás, conviene relativizar el alcance del nuevo derecho de puesta a disposición, que no deja de ser una nueva modalidad de comunicación pública. No constituye realmente un nuevo derecho, y en particular un derecho a controlar el acceso individual efectivo a las obras, aun cuando la mención del “acceso” figure expresamente

---

comunicación pública”. Considerando la puesta a disposición interactiva como una modalidad de comunicación pública, el ámbito de aplicación es, en principio, mucho más amplio, y capaz de asumir cualquier supuesto de *webradio*.

<sup>485</sup> Cons. Const. Décision n° 2017-649 QPC du 4 août. *Société civile des producteurs phonographiques et autres*, *Dalloz IP/IT*, 2017 p. 591, obs. T. AZZI.

<sup>486</sup> En el mismo sentido, preconizaba ya esta solución Th. VERBIEST, “Webradios: vers un régime de rémunération équitable ?”, *RLDI* n° 1, 1<sup>er</sup> janvier 2005, p. 26-27: “Hoy en día, el debate se focaliza cada vez más en el grado de interactividad de los servicios de radio digital y en su aptitud para reemplazar o no la venta de un soporte físico. Así, sólo los servicios de difusión en flujo continuo sin alteración alguna y con un grado de interactividad limitado podrían beneficiarse de la licencia legal”.

en su definición<sup>487</sup>. El derecho de puesta a disposición entra en juego en el mismo momento en que la obra es puesta en línea. Al igual que ocurre con el derecho de comunicación pública, el control que confiere abarca la mera posibilidad o potencialidad de la comunicación. Sin embargo, en un universo en que los soportes tangibles desaparecen, la comercialización de las obras en forma de archivos digitales requiere que los titulares de derechos puedan controlar la consecuencia final del acto de puesta a disposición autorizado, que es su acceso efectivo por parte del público. De ahí que el derecho de autor se haya dotado de nuevos mecanismos que permiten a los titulares de derechos controlar el acceso efectivo a la obra.

## **§2.La posibilidad de controlar el acceso a la obra**

**233.** La rentabilidad económica de los modelos de explotación basados en la comercialización de contenidos digitales en línea requiere que, de alguna manera, los titulares de derechos dispongan de los medios necesarios para impedir su acceso a quienes no cumplan con las condiciones establecidas. En el momento en que la obra es puesta a disposición en Internet, y cualquiera puede acceder a ella en el momento y desde el lugar de su elección, es necesario establecer controles que permitan exigir una remuneración u otro tipo de contraprestación a cambio de dicho acceso<sup>488</sup>. Como afirma S. DUSOLLIER, en tal situación “podría ser considerado como legítimo que la atención

---

<sup>487</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique...*, op. cit., n° 467, p. 369-370: “Dotado de este derecho de puesta a disposición, el derecho de comunicación al público ha podido ser interpretado por ciertos autores como un derecho que permite a su titular controlar la recepción y el acceso del público a las obras. J. Ginsburg [“From having copies to experiencing works: the developpement of an access right in the US Copyright Law”] aprecia, en la definición del derecho de puesta a disposición del público, la confirmación de que el autor tiene la capacidad de determinar las condiciones conforme a las cuales el acceso podrá ser concedido al público, incluso si la elección del acceso reside en la voluntad de este último. No compartimos esta opinión. Lo que el derecho de puesta a disposición controla no es el acto de recepción de la obra ni el hecho de tener acceso a la misma, sino únicamente los actos por los cuales una persona hace que este acceso individual sea posible. El acto de proporcionar el acceso precede aquel del acceso propiamente dicho y sólo el primero queda comprendido en el derecho de puesta a disposición. En cierta forma, este nuevo atributo del derecho de comunicación queda del lado de la explotación de las obras, de su difusión al público, sin afectar a los actos de utilización o de acceso individual a la obra”.

<sup>488</sup> Habitualmente, el acceso a la obra se obtendrá mediante el pago del precio correspondiente, pero la economía digital se apoya a menudo en otro tipo de contraprestación como puede ser la facilitación de datos personales. Sólo en algunas ocasiones la obra se encuentra disponible en acceso libre o abierto y, además, gratuito (es el caso, por ejemplo, las obras que se encuentran publicadas en *Open access* o algunas de las obras publicadas bajo licencias *Creative Commons*).

del derecho de autor se dirija hacia el acceso individual a las obras, el cual constituye ahora la explotación relevante en las redes digitales”<sup>489</sup>.

Siguiendo el célebre postulado según el cual la solución a los problemas técnicos se encuentra en la técnica misma<sup>490</sup>, los titulares de derechos han recurrido al empleo de dispositivos técnicos capaces de contener la reproducción y la difusión de las obras, permitiendo a los titulares de derechos recuperar el control de que disponían cuando la circulación de las obras se hacía por medio de soportes tangibles. Las medidas tecnológicas de protección pretenden proporcionar, en consecuencia, una solución contra el desequilibrio que la vulnerabilidad de la obra<sup>491</sup> provoca en la relación que une a los titulares de derechos con los usuarios. Entre otras cosas, tales medidas permiten proteger el acceso al ejemplar desmaterializado, pero de dicha protección pueden derivarse una serie de consecuencias con respecto al derecho de autor. Conviene así interrogarse sobre el concepto y la utilidad de las medidas tecnológicas de protección como mecanismos de protección del acceso (A), así como acerca de los efectos que conlleva el control del acceso en el derecho de autor (B).

#### **A. El concepto y la utilidad de las medidas tecnológicas de protección**

**234.** En su forma más sencilla, las medidas tecnológicas son dispositivos técnicos destinados a promover el uso autorizado de los contenidos digitales, permitiendo tanto el control del acceso a los mismos, como de su utilización posterior. Las medidas tecnológicas pueden funcionar como salvaguardias o “vallas virtuales” en torno a un contenido digitalizado, tanto si el contenido está amparado por el derecho de autor como si no lo está<sup>492</sup>.

---

<sup>489</sup> S. DUSOLIER, “The protection of technological measures: Much ado about nothing or silent remodeling of copyright?”, in R. COOPER DREYFUSS y J. C. GINSBURG, *Intellectual Property at the Edge. The contested contours of IP*, Cambridge University Press, 2014, p. 253 y s., en p. 267.

<sup>490</sup> C. CLARCK, “The answer to the machine is in the machine”, in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer, 1996, p. 139; C. BERNAULT, “La tentation d’une régulation technique du droit d’auteur”, *RLDI* n° 15, avril 2006, p. 56-62, en p. 56: “... de forma paradójica, la técnica permite desde ahora, a la vez, poner en entredicho el derecho de autor tal y como existe, y proporcionar los medios para asegurar el respeto del mismo” (traducción propia).

<sup>491</sup> A. LATREILLE y Th. MAILLARD, *fasc. JCL PLA*: “La desmaterialización completa acentúa el carácter de ubicuidad de los contenidos haciendo que resulte mucho más difícil el control de su utilización”.

<sup>492</sup> S. LÓPEZ MAZA, *Límites al derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, p. 101.

235. Existen diversas clasificaciones de las medidas tecnológicas de protección<sup>493</sup>. De manera general, pueden distinguirse dos grandes categorías: las medidas tecnológicas de protección, propiamente dicha, y las medidas tecnológicas de información sobre el régimen de derechos. Esta distinción figura tanto en los Tratados Internet de la OMPI<sup>494</sup>, como en la Directiva 2001/29/CE<sup>495</sup>. El acrónimo DRM (*Digital Rights Management*) se emplea con frecuencia para referirse a ambos tipos de medidas. La mayoría de los dispositivos técnicos empleados combinan las funciones de protección de contenidos con los procedimientos de información.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 7.2 de la Directiva 2001/29/CE: “... se entenderá por “información para la gestión de derechos” toda información facilitada por los titulares de los derechos que identifique la obra o prestación protegida contemplada en la presente Directiva, o a que se refiere el derecho *sui generis* previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE, al autor o cualquier otro derechohabiente, o información sobre las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información”. Al permitir la identificación directa o indirecta de los titulares de derechos, estas medidas tienden a facilitar la gestión de las autorizaciones y de la remuneración.

Las medidas tecnológicas de protección *stricto sensu*, en cambio, tienen por objetivo restringir el acceso o controlar la utilización subsiguiente de la obra u objeto protegido. El art. 6.3 de la Directiva 2001/29/CE las define como “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho *sui generis* previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE”. En consecuencia, su finalidad es permitir, directa o indirectamente, el respeto de los derechos de propiedad intelectual. El art. 6.3 establece, además, que “las medidas tecnológicas se considerarán “eficaces” cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de

---

<sup>493</sup>S. DUSOLIER, *Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique*, op. cit., nº 19 y s. p. 39 y s.

<sup>494</sup>El art.11 del Tratado WCT se refiere a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, y el art. 12 a las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos.

<sup>495</sup>Vid. el Título III de la Directiva 2001/29/CE: “Protección de medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos”. El artículo 6 establece las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, y el artículo 7 las obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos.

acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección”.

Se incluyen, en consecuencia, aquí tanto las medidas que controlan el acceso propiamente dicho a la obra (controles de acceso) como las medidas que impiden la posterior reproducción o comunicación de la obra a la que se ha accedido previamente (controles de uso). Entre estas últimas, destacan las medidas que impiden o limitan la reproducción de una obra (medidas anti-copia). No obstante, la mayoría de estas medidas pueden actuar de manera concurrente para limitar tanto el acceso como la utilización. Por este motivo, ni la Directiva ni las leyes francesa o española, establecen un régimen diferenciado, según que la medida tenga una u otra finalidad, o ambas al mismo tiempo.

**236.** La utilización de medidas tecnológicas de protección surge como respuesta a los daños inherentes al entorno digital. Las primeras medidas de este tipo se aplicaron a las obras en formato digital, si bien incorporadas a un soporte material. Dotadas de una función preventiva, su finalidad primordial era la de establecer restricciones del copiado. Algunos programas de ordenador o bases de datos electrónicas se acompañaban asimismo de restricciones de acceso. Los mismos controles de acceso comenzaron a ser empleados, también, en algunas formas de comunicación inmaterial fuera de línea, como es el caso de los canales de televisión de pago<sup>496</sup>.

**237.** Con la llegada de la circulación de las obras en línea, el empleo de medidas tecnológicas se ha generalizado. Los dispositivos que controlan el uso de la obra, y los controles de acceso se han convertido así en un pilar fundamental de la distribución digital. Los mismos permiten controlar el acceso individual y efectivo a la obra, así

---

<sup>496</sup> J. BING, “Le “droit d’accès”: renouveau ou évolution”, in *Adjuncts and Alternatives to Copyright – Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d’auteur*, Congreso de la ALAI de 2001 (Nueva York), p. 316-345, en p. 323: “Antes incluso de la introducción de la radiodifusión digital o de la televisión digital, los radiodifusores habían introducido una “encriptación cifrada” de la señal, bajo una forma sencilla, introduciendo un simple ruido en la señal emisora. Este último sólo podía ser filtrado por un cierto dispositivo que la señal debía atravesar antes de alcanzar el altavoz o la pantalla. Estos dispositivos (descodificadores) se han generalizado en las redes de televisión por cable y en las difusiones por satélite, y fueron introducidos como una simple forma de control del acceso – el usuario debía pagar para obtener un dispositivo que le permitiera alcanzar las obras transmitidas. Los dispositivos se han perfeccionado, desde ahora pueden ser individualizados y programados por los prestadores de servicios, haciendo así posibles los sistemas de suscripción, de pago a la sesión (*pay-per-view*), etc. Sin embargo, este acceso condicional ha sido tradicionalmente visto como una forma de hacer respetar los términos del contrato entre el prestador de servicios y el abonado” (traducción propia).



como modular la extensión del mismo<sup>497</sup>. El atractivo de las medidas tecnológicas de protección no se limita, en consecuencia, a la prevención de las infracciones de derechos, sino que también reside en la posibilidad de crear nuevas formas de comercialización y consumo de los contenidos culturales en línea<sup>498</sup>. La tecnología permite, de este modo, proponer una paleta de usos y de servicios cada vez más rica y variada<sup>499</sup>, desde servicios basados en la venta de un acceso limitado a la obra en *streaming*<sup>500</sup> hasta la descarga de una copia permanente. La supervivencia de estos nuevos modelos de negocio, basados en la distribución inmaterial depende intrínsecamente del despliegue de los medios aptos para restringir o controlar el acceso a las obras comercializadas en línea, contrarrestando así vulnerabilidad propia de la obra carente de soporte. Desde el punto de vista del derecho de autor, conviene analizar las consecuencias que conlleva esta posibilidad de controlar el acceso a las obras y prestaciones protegidas.

## B. El control del acceso en el derecho de autor

**238.** Las medidas tecnológicas proporcionan, en definitiva, una protección “física”<sup>501</sup> de las obras, que se superpone a su protección jurídica por el derecho de autor. A. LUCAS habla así de una “consolidación del derecho por medio de la

<sup>497</sup> La licencia de uso definirá el alcance temporal y territorial del acceso, sus modalidades (ej.: con o sin publicidad, a cambio de una contraprestación monetaria o de otra naturaleza, o totalmente gratuito), así como su extensión (ej.: la totalidad de la obra o, por el contrario, sólo una parte de la misma; la cantidad de veces que una obra puede ser visualizada o escuchada), etc.

<sup>498</sup> G. GOMIS, “L’influence des mesures techniques sur les pratiques contractuelles”, *RLDI* suppl. n° 49, mai 2009, p. 73-77, en p. 73.

<sup>499</sup> Th. MAILLARD, “La technologie, frein ou moteur de la circulation des œuvres?”, *Juris art etc.* 2014, n° 9, p. 17 y s.

<sup>500</sup> J. LIU, “Paracopyright – a peculiar right to control access”, in R. COOPER DREYFUSS y J. C. GINSBURG, *Intellectual Property at the Edge. The contested contours of IP*, Cambridge University Press, 2014, p. 227 y s., en p. 230: “Los titulares de derechos pueden ahora emplear la tecnología para vender un acceso más limitado a las obras protegidas – por ejemplo, la posibilidad de leer un artículo una sola vez, o ver un vídeo sólo durante una franja de veinticuatro horas – a un menor precio, facilitando así la discriminación de precios. Los consumidores también podrían en teoría salir ganando porque serían capaces ahora de obtener acceso a las obras a un coste inferior si se conformasen con acceder a una obra de forma breve, o a un coste mayor si quisieran un acceso ilimitado” (traducción propia). En el mismo sentido, S. DUSOLLIER, “Incidences et réalités d’un droit de contrôler l’accès aux œuvres en droit européen”, *op. cit.*, 2000, p. 25-52, en p. 27: “... a pesar de que la adquisición de la obra se efectúa todavía en ocasiones por medio de la compra de un soporte material o la descarga de un archivo, cada vez es más corriente pagar por un uso determinado, por un acceso limitado a la obra” (traducción propia).

<sup>501</sup> G. VERCKEN, “La consécration des mesures techniques de protection, un combat d’arrière-garde”, p. 414.

técnica”<sup>502</sup>. Gracias a estos dispositivos, los titulares de derechos pueden recobrar el dominio de la circulación de los ejemplares en el entorno digital<sup>503</sup>. Entre otras cosas, disponen ahora de la capacidad para controlar el acceso a la obra, es decir, su recepción por el usuario. Nos referimos aquí a la capacidad para controlar el acceso “efectivo” e individual a la obra, que es distinto del control del acceso “potencial” o del acto que “da acceso” a la obra.

**239.** Pero ninguna tecnología es infalible, y el riesgo de que se desarrollasen mecanismos destinados a neutralizar los efectos de dichas medidas era algo evidente. En consecuencia, otra de las aportaciones mayores de los Tratados OMPI de 1996 consistió en el reconocimiento de una protección jurídica contra el levantamiento de las medidas tecnológicas que aseguran la efectividad del derecho de autor en los arts. 11 y 12 del Tratado WCT<sup>504</sup>. En el seno de la Unión Europea, la protección de las medidas tecnológicas de protección ha sido integrada en los arts. 6 y 7 Directiva de 22 de mayo de 2001, e incorporada seguidamente en los diferentes Estados miembros mediante su transposición<sup>505</sup>. Esta protección jurídica de los actos de elusión proporciona una tercera “capa” de protección<sup>506</sup>, permitiendo que el control del acceso quede anclado dentro de la órbita del derecho exclusivo.

**240.** En la medida en que estos dispositivos tecnológicos permiten controlar la recepción efectiva de la obra por el usuario, algunos autores hablan del reconocimiento de un nuevo “derecho de acceso”<sup>507</sup> en beneficio de los titulares de derechos, el cual se añadiría a las modalidades tradicionales de explotación anteriormente conocidas, como son los derechos de reproducción, distribución o comunicación pública. Este supuesto derecho de acceso resultaría de la protección jurídica de las medidas tecnológicas. En

---

<sup>502</sup> A. LUCAS, H.-J. LUCAS y A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 798.

<sup>503</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique...*, *op.cit.*, n° 13, p. 36: “De manera general, se trata de recobrar el dominio de la obra que la mutación digital y otros desarrollos técnicos han hecho que se pierda. La técnica debe así responder a las dos amenazas principales de la revolución digital: la facilidad de copia y la facilidad de transmisión” (traducción propia).

<sup>504</sup> *Vid. infra* n° 177 y s.

<sup>505</sup> Arts. L. 331-5 a L. 331-11 CPI y arts. 196 a 198 TRLPI.

<sup>506</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique...*, *op.cit.*, n° 5.

<sup>507</sup> S. DUSOLLIER, “Incidences et réalités d’un droit de contrôler l’accès aux œuvres en droit européen”, *op. cit.*, p. 44; J. BING, “Le “droit d’accès”: renouveau ou évolution”, *op. cit.*, p. 316-345; V.S. OLSWANG, “Accessright: An Evolutionary Path for Copyright into the Digital Era?”, *EIPR* 1995, n° 5, p. 215-218; J.-J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, 2007, p. 96; J. GINSBURG, “Chronique des États-Unis”, *RIDA* n° 179, janvier 2019, p. 143-299, en p. 169.

efecto, si el acceso a la obra se encuentra protegido por una medida de control del acceso, y el Derecho sanciona penalmente la violación de tales medidas de control, podría deducirse que el derecho de autor ha consagrado, de forma indirecta, un nuevo derecho sobre el acceso individual y efectivo a la obra.

Para una parte de la doctrina, este supuesto derecho de acceso supone una extensión criticable del derecho exclusivo. En este sentido, B. GALOPIN afirma que “el acto de acceso a la obra se sitúa en principio fuera del poder del autor. Ello resulta de los artículos del CPI que definen los derechos exclusivos, cuya única vocación es la de aprehender los actos de explotación. Sin embargo, las nuevas prácticas que permiten al autor controlar, en el universo digital, las condiciones en las cuales el público accede a la obra tienden a hacernos pensar que un verdadero “derecho de acceso” se encuentra en vías, de hecho, de integrar la esfera del derecho de autor”<sup>508</sup>. En la misma línea, S. DUSOLLIER considera que explotar una obra consiste en “aprovechar el control que confiere el derecho de autor para dominar la difusión, la puesta a disposición del público”<sup>509</sup>. Considerando, por tanto, que la función del derecho exclusivo de explotación es la de controlar la circulación de las obras en la esfera pública<sup>510</sup>, afirma que “... la simple recepción o consumición de la obra, en la medida en que no supone un nuevo público para la obra o unos ingresos económicos para el usuario, escapa probablemente al monopolio de *explotación*”<sup>511</sup>. Corroborando esta tesis, M. BUYDENS y S. DUSOLLIER sostienen que “el simple acceso, en la medida en que se efectúe violando las medidas de seguridad, sería ilícito. El bloqueo técnico del acceso a una obra se encuentra protegido en la medida en que su elusión está prohibida, lo que

---

<sup>508</sup> B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d’auteur*, LexisNexis, Coll. De l’IRPI, vol. 41, Paris, 2012, n° 463, p. 339.

<sup>509</sup> S. DUSOLLIER, “L’exploitation des œuvres: une notion centrale en droit d’auteur”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 263-276. p. 265.

<sup>510</sup> S. DUSOLLIER, “L’exploitation des œuvres...”, *op. cit.*, p. 270. En el mismo sentido, en la p. 271: “El perímetro de la explotación debería en consecuencia quedar definido en relación con la dimensión pública de los actos de utilización de la obra (la cual realiza precisamente un salto desde la utilización hacia su explotación). Un acto de copia o de comunicación de la obra no entra dentro del campo del derecho exclusivo más que cuando se realiza para ser destinado a un público y permite, directamente, para el acto de comunicación, o indirectamente, para el acto de reproducción, que el público perciba la obra. En consecuencia, la explotación no se entiende en el sentido de un mercado que permitiría al autor obtener beneficios de cada utilización de la obra. Se comprende, por el contrario, con respecto a la noción de puesta a disposición de la obra al público, criterio que constituye el límite natural del monopolio del autor” (traducción propia).

<sup>511</sup> S. DUSOLLIER, “L’exploitation des œuvres...”, *op. cit.*, p. 265. En el mismo sentido, en la p. 273, la autora considera que los actos de simple recepción de las obras deberían escapar al poder del autor, de un lado porque no suponen, en principio, una explotación económica; y también porque no son actos que permitan una circulación pública de la obra.

instaura una protección *de facto* del acceso a la obra, cuyo control se convertiría así en una prerrogativa del titular de derechos sin que ésta se encuentre, sin embargo, prevista por la Ley. [...]. Leer un libro, ver una película, asistir a un espectáculo, observar obras plásticas no implica generalmente ningún acto sometido al derecho de autor. Esta extensión del monopolio del autor hacia el acceso a su obra no deja de sorprender. Podemos, ante todo, interrogarnos acerca del verdadero fundamento de la protección de tales medidas”<sup>512</sup>.

**241.** No obstante, afirmar que el acceso a la obra es un acto que escapa al derecho exclusivo de explotación es algo más discutible, y requiere, en nuestra opinión, algunas matizaciones.

En primer lugar, el acceso siempre ha sido una cuestión relacionada con el derecho de autor. En efecto, el acceso a la obra por parte del público está intrínsecamente vinculado a las autorizaciones dadas por el titular de derechos mediante los contratos de explotación. El hecho de “dar acceso” es, por tanto, un acto indudablemente incluido dentro del monopolio de explotación<sup>513</sup>. No obstante, estas autorizaciones concedidas por medio de los contratos de explotación, si bien permiten fijar las condiciones en las que el público podrá acceder a la obra, sólo confieren un control “indirecto” del acceso, y no un control del acceso “efectivo”. Desde este punto de vista, es cierto que las medidas tecnológicas de protección suponen una evolución o una nueva forma de ejercer el derecho exclusivo que permite no sólo el control del acto que da acceso, sino también el control el acceso efectivo a la obra, es decir, su recepción o su consulta por el usuario. También es cierto que, en el ámbito analógico, la manera en que el público accedía efectivamente a la obra era un hecho que quedaba al margen del derecho de autor. Si tomamos el ejemplo clásico de un editor que distribuye una novela por medio de las librerías tradicionales, dicho editor deberá obtener los derechos de distribución por medio del contrato de edición celebrado con el autor. Sin embargo, el cliente que adquiere el ejemplar no realiza, como tal, un acto sometido al derecho de autor<sup>514</sup>, sino que este hecho es, en realidad, la consecuencia del acto de distribución que ha sido

---

<sup>512</sup> S. DUSOLIER et M. BUYDENS, “Les exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique: évolutions dangereuses”, *CCE* n° 9, septembre 2001, chron. 22.

<sup>513</sup> A mayor abundamiento, la más remota posibilidad para que el público pueda acceder a una obra del espíritu no sólo depende del ejercicio del derecho patrimonial del autor, sino también de una de sus facultades morales como es el llamado “derecho de divulgación”, y que reconoce en beneficio de éste un derecho al inédito.

<sup>514</sup> J. BING, “Le “droit d’accès”: renouveau ou évolution”, *op.cit.*, p. 322.

previamente autorizado por el titular de derechos. En otras palabras, en el ámbito analógico, comprar una entrada para asistir a un concierto, adquirir, o incluso leer un libro no eran actos incluidos en el ámbito del derecho de autor. Por lo mismo, introducirse en el recinto en donde tenía lugar la representación, sin pagar el correspondiente derecho de entrada, no constituía una infracción del derecho de autor propiamente dicha.

Sin embargo, los controles de acceso siempre han existido. En el entorno analógico, la obra era accesible en determinados recintos, o bien el acceso implicaba la adquisición del soporte que la contiene. Y si este control se encontraba ausente en algunos medios de comunicación de masas, como es el caso de las radios y televisiones públicas, la razón era que el modelo económico no se apoyaba en una contraprestación pagada directamente por el espectador, sino que se financiaba por otros medios. Dicho de otro modo, denegar el acceso a quienes no hayan pagado el precio correspondiente es algo que indudablemente existía ya fuera de línea. Lo que las medidas tecnológicas tratande hacer, en definitiva, es restituir esos controles o restricciones de acceso que ya existían en el entorno analógico. El hecho de que las leyes en materia de derecho de autor establezcan sanciones penales contra levantamiento de dichas medidas hace que el control del acceso, antes al margen del derecho de autor, quede *de facto* incluido dentro del perímetro de la protección del derecho exclusivo, lo que viene a significar que la protección de la comercialización del ejemplar queda anclada en el ámbito del derecho patrimonial<sup>515</sup>. Sin embargo, y cuando desde este punto de vista pudiera efectivamente

---

<sup>515</sup> I. GARROTE habla, en este sentido, de una ampliación de las facultades de control que tienen los titulares de derechos, control que no supone, sin embargo, el reconocimiento de un nuevo derecho patrimonial: “De un Derecho basado en conductas como reproducir, distribuir o comunicar al público se pasa ahora [...] a un derecho basado en el control de acceso a las obras explotadas en formatos digitales. Y ello porque según el artículo 160.1 LPI, la elusión de la medida es ilícita, incluso cuando posteriormente no se reproduzca, distribuya o comunique la obra o prestación protegida. La conducta ilícita se perfecciona por tanto con el mero acto de elusión no autorizado. De este modo, estamos ampliando indirectamente de forma extraordinaria las facultades de control que tienen los derechohabientes respecto de sus obras y prestaciones protegidas. Se crea en la práctica un “derecho de acceso”, un control de entrada al disfrute de las obras y prestaciones protegidas en formato digital. En algún caso en el Derecho comparado se ha llegado incluso a plantear si no estamos ante un nuevo derecho patrimonial (derecho de controlar el acceso). En la medida en que no se trata de un derecho que se puede ejercer de manera absoluta *erga omnes* (una vez despojada de su protección tecnológica de forma lícita o ilícita, el derecho carece ya de sentido), no estamos en sentido estricto [en presencia] de una facultad de contenido patrimonial. La facultad de “control de acceso” despliega toda su eficacia en el plano tecnológico, no en el jurídico” (I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentarios al artículo 160 del LPI” in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2017, p. 2214).

Es preciso señalar que los servicios de acceso condicional se encuentran asimismo protegidos, fuera del ámbito estricto del derecho de autor, por la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de

hablarse de una extensión del perímetro de la protección, ¿no es la misma algo necesario para preservar las facultades patrimoniales del autor, debiendo ser vista como una forma de volver al equilibrio que ya existía en el entorno analógico?<sup>516</sup>

**242.** A nuestro juicio, es indiferente el hecho de que el acceso efectivo como tal entre o no dentro de alguna de las modalidades de explotación ya conocidas, como son la distribución, la reproducción o la comunicación pública, puesto que ni en la Ley española ni en la Ley francesa dichas modalidades son limitativas. El monopolio de explotación ha de entenderse como un derecho capaz de proteger de forma óptima los intereses patrimoniales del autor<sup>517</sup>. No sería desde luego el caso si el titular de derechos no pudiese impedir el acceso a quienes no satisfagan las condiciones por él establecidas, como puede ser el pago de un precio. La utilización de mecanismos de control y de restricción del acceso aparece, en consecuencia, como la única solución para hacer efectivas dichas condiciones y salvaguardar el modelo económico de la explotación digital en general, y de los servicios basados en la venta de un derecho de acceso, en particular<sup>518</sup>.

**243.** Por otra parte, la afirmación de que las medidas tecnológicas permiten ir más allá de los contornos de la protección del derecho exclusivo queda en entredicho si se tiene en cuenta que “en el mundo digital incluso el más rutinario acceso a la información implica la realización de copias. Los programas de ordenador funcionan

---

20 de noviembre de 1998 *relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso*.

<sup>516</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> ed., n° 1133, p. 896: “Se ha podido incluso defender la existencia de un nuevo derecho exclusivo bautizado como “derecho de acceso”, y que permite controlar, como paso previo a la utilización de la obra, el acceso a dicha obra, olvidando así que no se trata aquí de crear un nuevo derecho exclusivo sino más bien de ofrecer a los titulares de derechos la posibilidad de recurrir a la protección técnica para socorrer a la protección jurídica” (traducción propia).

<sup>517</sup> En este sentido, podemos citar los considerandos 9 y 10 de la Directiva 2001/29/CE, que establecen que la armonización de los derechos de autor y derechos afines consiste en instaurar un elevado nivel de protección de los autores, que les permita obtener una remuneración apropiada por la utilización de sus obras.

<sup>518</sup> En una línea similar, R. SÁNCHEZ ARISTI, “La copia privada digital”, *Pe. i Revista de propiedad intelectual*, n° 14 (mayo-agosto 2003), p. 9-39, en p. 35: “lo que se comercializa cuando una obra se transmite por Internet y su acceso se bloquea mediante medidas tecnológicas, o cuando un fonograma se distribuye protegido con un sistema anticopia, es precisamente un mero soporte material, un bien carente de inmaterialidad, en donde los intereses del titular [por lo que se refiere al uso /acceso por el usuario] se fian exclusivamente a la eficacia de las medidas [...]. No veo pues título de propiedad intelectual involucrado en esa transacción comercial y sí sólo propiedad ordinaria sobre un objeto material”. Y aclarando seguidamente estas afirmaciones en la nota a pie de página n° 52 (p. 35): “A lo que me refiero es a que, a nivel de las relaciones con el destinatario de la comunicación o con el comprador de un ejemplar, lo que se comercializa – como por otro lado pasa en el entorno analógico – es un bien material puro y duro, pues el consumidor no se convierte en cesionario de derechos de propiedad intelectual sino en adquirente de un objeto material sobre el que otros, no él, tienen derechos de esa clase”.

copiándose en el disco de la memoria, y la visualización de páginas web implica una serie de copias desde el ordenador del servidor al ordenador del usuario”<sup>519</sup>. Es decir, al menos en el estado actual de la evolución tecnológica, la recepción de una obra por medio de las redes digitales implica una serie de reproducciones, permanentes o temporales, en función de si el acceso se realiza mediante la descarga de una copia duradera o si se accede en *streaming*. El propio derecho exclusivo permite, pues, controlar los actos de acceso efectivo a la obra en este contexto. Por lo tanto, la existencia eventual de un derecho de acceso “no se limita a las situaciones que requieren de las medidas técnicas para instaurar un control del acceso. Un amplio derecho de reproducción permite un control del acceso incluso sin que sea impuesto por las medidas tecnológicas. Acceder a una obra por medio de un ordenador supone unas reproducciones temporales, que deben descansar en la licencia del titular de derechos o en una autorización legal (en el marco de los límites del Convenio de Berna). En consecuencia, la noción de derecho de acceso no se limita a las situaciones que comportan un mecanismo concreto de control...”<sup>520</sup>.

**244.** En este sentido, el TJUE fue interrogado acerca de si el internauta que se limita a consultar obras del espíritu lícitamente reproducidas y comunicadas al público en una página web, sin descargarlas ni imprimirlas, debe solicitar la autorización del titular de derechos. Dicho de otro modo, ¿la simple consulta de una página de Internet es un acto sometido al derecho de autor? En su razonamiento, el TJUE<sup>521</sup> parte de la calificación jurídica de estas copias en pantalla y en *caché* como actos de reproducción, para examinar seguidamente si las mismas pueden quedar amparadas por la excepción de reproducción provisional establecida en el art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE. El TJUE considera que ambas copias tienen carácter provisional. La copia en pantalla tiene carácter transitorio<sup>522</sup>, mientras que las copias en *caché* tienen carácter accesorio. Por último, el TJUE afirma que la realización de dichas copias resulta indispensable para el proceso tecnológico implicado en la navegación correcta y eficiente por Internet, a lo cual termina añadiendo que esta interpretación del art. 5.1 de la Directiva es conforme

---

<sup>519</sup> S. LÓPEZ MAZA, *Límites al derecho de reproducción en el entorno digital*, op.cit., p. 10-11.

<sup>520</sup> J. BING, “Le “droit d’accès”: renouveau ou évolution”, op.cit., p. 316-345, en p. 327.

<sup>521</sup> STJUE (Sala 4ª) de 5 de junio de 2014, asunto C-360/13, *Public Relations Consultants Association Ltd y Newspaper Licensing Agency Ltd e.a.*, CCE sept. 2014, comm., p. 1-2, nota Ch. Caron.

<sup>522</sup> Apartado nº 42 de la STJUE de 5 de junio de 2014, *Public Relations Consultants Association Ltd*, anteriormente citada: “... un acto de reproducción no pierde su naturaleza transitoria por el mero hecho de que la supresión por parte del sistema de la copia generada esté precedida de la intervención del usuario final que tiene por objeto poner fin al proceso tecnológico de que se trate”.

con la regla de los tres pasos. Es importante resaltar que, si bien el TJUE termina concluyendo que el internauta que se limita a consultar una página web cuyo editor ha respetado el derecho de autor, no tiene que solicitar ninguna autorización para la visualización de dicha página, llega a esta conclusión en base la excepción de reproducción provisional, y no sobre la base de que la recepción de la obra, en el entorno privado, escapa al derecho exclusivo de explotación.

A *contrario*, este razonamiento permitiría deducir que, en caso de que las obras se encuentren en línea sin la autorización del titular de derechos, la mera consulta de una obra en *streaming* por el usuario final sería constitutiva de una infracción de derechos. Nuevamente, una cuestión prejudicial ha sido planteada al TJUE en la que se le preguntaba si debe interpretarse el artículo 5 de la Directiva 2001/29 en el sentido de que no se da una “utilización lícita” a efectos del apartado 1, letra b), de dicha disposición si un usuario final realiza una reproducción provisional de una obra protegida por derechos de autor obtenida en flujo continuo desde el sitio web de un tercero en el que se ofrece esa obra sin autorización de los titulares de derechos. En su Sentencia de 26 de abril de 2017<sup>523</sup>, el TJUE considera que no se puede hablar aquí de una utilización lícita, al menos cuando pueda deducirse que el usuario accede de manera deliberada y con conocimiento de causa a una oferta gratuita y no autorizada de obras protegidas<sup>524</sup>.

**245.** Una cuestión distinta es que la capacidad de hacer efectivo el derecho exclusivo en este ámbito aparezca como algo ilusorio pues entablar acciones en contra de los internautas o consumidores finales es una tarea prácticamente imposible y con resultados poco efectivos<sup>525</sup>. A ello obedece, quizá, la introducción por parte del TJUE de un criterio subjetivo en la apreciación de la licitud de la utilización, de manera que pueda quedar exonerado de responsabilidad el internauta que, de buena fe, accede a

---

<sup>523</sup> SJTUE (Sala 2ª), de 26 de abril de 2017, asunto C-527/15, *Stichting Brein y Jack Frederik Wullems, RTD Com.* 2017, p. 346, F. Pollaud-Dulian; *CCE* 2017, comm. 50, Ch. Caron; *Europe* 2017, comm. 239, obs. D. Simon.

<sup>524</sup> Apartado nº 69 de la STJUE de 26 de abril de 2017, *Stichting Brein y Jack Frederik Wullems* anteriormente citada: “En cambio, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, y habida cuenta, en particular, del contenido de la publicidad realizada para el reproductor multimedia controvertido mencionada en el apartado 18 de la presente sentencia y de la circunstancia, mencionada en el apartado 51 de ésta, de que el principal atractivo de dicho reproductor para los potenciales compradores es que en él están preinstaladas las extensiones de que se trata, procede considerar que, en principio, el comprador de tal reproductor accede de manera deliberada y con conocimiento de causa a una oferta gratuita y no autorizada de obras protegidas”.

<sup>525</sup> De hecho, una de las principales limitaciones técnicas de la “respuesta graduada” es precisamente la de no poder detectar los accesos ilegales a obras en *streaming*.



sitios web que oferten obras en *streaming* sin la autorización de derechos. Todos estos motivos confirman la necesidad de imponer un control *a priori* del acceso, que permita a los titulares de derechos hacer efectivo su derecho exclusivo. Como ha podido afirmar algún autor, “... la simple adición de nuevos derechos habría resultado inadecuada para solucionar este problema, puesto que el problema principal no es la falta de derechos, sino la incapacidad para hacerlos efectivos. Por lo tanto, en vez de haber puesto el foco de atención en la Ley, se ha puesto en la tecnología”<sup>526</sup>.

**246.** En definitiva, el control del acceso se ha convertido en un elemento central de la explotación digital de las obras, permitiendo así crear nuevos modelos de negocio y asegurar su viabilidad frente a la vulnerabilidad de la obra, propia al entorno digital. Más allá de excluir del disfrute de la obra a quienes no reúnan las condiciones exigidas por el titular de derechos, el control del acceso constituye una etapa previa a la utilización del ejemplar por su adquirente.

## **Sección 2ª. El control del acceso como etapa previa a la utilización de la obra**

**247.** A raíz de la comercialización de las obras en línea, los titulares de derechos han volcado su atención hacia el control de los actos de acceso al ejemplar. La venta de un derecho de acceso limitado a las obras en línea constituye el ejemplo más evidente de este interés por el control de los actos de acceso, control que resulta imprescindible para preservar la viabilidad de este nuevo modelo económico.

No obstante, el control del acceso no sólo interviene como medio para excluir del disfrute de la obra a quienes no hayan abonado el precio correspondiente, sino también como medio para mantener un cierto control sobre la utilización subsiguiente del ejemplar. En efecto, los riesgos de que el consumidor proceda a usos no demasiado respetuosos con los derechos e intereses de los titulares de derechos no han desaparecido por el hecho de que éste se procure un ejemplar legalmente en línea. Las facilidades de copia y transmisión que permiten las tecnologías de la información y de la comunicación podrían ser empleadas para favorecer nuevos accesos a la obra o

---

<sup>526</sup> J. LIU, “Paracopyright – a peculiar right to control access”, *op. cit.*, p. 227 y s., en p. 227.

prestación que el titular de derechos ya no podría controlar de manera eficiente. Por este motivo, la estrategia pasa por desplegar una acción preventiva sobre las posibilidades de copiado y difusión cuando todavía tiene el dominio sobre el ejemplar, es decir, antes de conceder el primer acceso al usuario o consumidor. En este sentido, el control del acceso se impone como un mecanismo que permite definir y modular la extensión de la utilización permitida.

Ocurre, sin embargo, que ciertos usos de las obras son libres por el juego de una excepción al derecho de autor. En este contexto, la solución pasa por la exigencia de un “acceso lícito” como condición para el disfrute de las excepciones en el entorno digital, permitiendo así a los titulares de derechos no ya controlar la utilización, que la Ley hace libre, pero si condicionar el beneficio de la misma.

**248.** En consecuencia, el control del acceso interviene como mecanismo para definir el uso de la obra (§1), pero también como condición para el beneficio de las excepciones al derecho exclusivo (§2).

## **§1. El control del acceso como mecanismo para definir el uso de la obra**

**249.** De modo habitual, el contrato de suministro del contenido digital viene acompañado de una serie de condiciones de uso. La lógica es la siguiente: todo acto de utilización de una obra requiere un primer acto de acceso a la misma. En consecuencia, a través del control de dicho acceso, el titular de derechos puede establecer las condiciones (y/o restricciones) de uso que desee. Es el acto de acceso el que permite imponer dichas condiciones de utilización, de manera que el acceso efectivo a la obra quede supeditado a la aceptación de las mismas. El propósito de este control de la utilización de la obra que puede llevar a cabo el adquirente del ejemplar digital no es otro que el de preservar, e incluso optimizar, la comercialización de los ejemplares de la obra. Una serie de mecanismos permiten controlar la utilización de la obra (A), lo cual conlleva una serie de consecuencias con respecto al derecho de autor (B).

## **A. Los mecanismos de control de la utilización de la obra**

**250.** El control de la utilización de la obra constituye un elemento central de la distribución digital, y ello tanto en los servicios que proporcionan un acceso a los contenidos en línea mediante suscripción, como en los casos en que se adquiere una copia permanente del ejemplar digital por medio de su descarga. En efecto, y a pesar del esplendor que han adquirido los servicios basados en la venta de un simple derecho de acceso a los bienes culturales en línea, el interés por la adquisición de un ejemplar en propiedad no ha desaparecido por completo. Existen así servicios que comercializan ejemplares duraderos de las obras que el usuario obtiene mediante la descarga en un terminal de lectura a cambio de un precio.

Mientras que, en el primer caso, el suministro de las obras conlleva el establecimiento de una relación contractual con el prestador del servicio, que permanecerá vigente hasta que una de las partes decida poner fin a la misma, el adquirente de una copia permanente podría razonablemente aspirar a utilizar el ejemplar adquirido con un cierto margen de libertad y que, al menos dentro de la esfera privada, dicho uso no fuera ya, de ningún modo, susceptible de control por parte del titular de derechos. Sin embargo, la comercialización de las obras en línea ofrece la posibilidad de establecer relaciones contractuales directas entre los proveedores de contenidos y los usuarios<sup>527</sup>. El suministro de contenido en formato digital en línea se acompaña así de las llamadas “licencias” o “condiciones generales de uso”, cuyos términos establecen de forma detallada la utilización que podrá realizar el adquirente del ejemplar. Las mismas constituyen una novedad en el ámbito del derecho de autor, y se añaden a los clásicos contratos de explotación, figura contractual por excelencia en este campo del

---

<sup>527</sup> El establecimiento de una relación contractual entre el titular de derechos y el adquirente del ejemplar es, en todo caso, un rasgo propio del entorno digital. Fuera del suministro de las obras en línea, las licencias de uso comenzaron a introducirse en algunos soportes como los CDs o CD-ROMs, siendo especialmente frecuentes en aquellos que contenían programas de ordenador y bases de datos. Este modelo se ha generalizado en el contexto de la comercialización de las obras en línea. En realidad, el control de la utilización interviene tanto en los servicios de acceso mediante suscripción, como en los casos en que se adquiere una copia permanente del ejemplar. Ocurre que, en el primer caso, la distinción entre los actos de acceso y de utilización es difusa, por cuanto cada acto de utilización de la obra (por ejemplo, consultar un artículo en una base de datos, o escuchar una canción en línea), es al mismo tiempo un acto de acceso al servicio. Tomaremos, en consecuencia, aquí como supuesto la compra de un archivo en línea con el fin de analizar las implicaciones que conlleva la posibilidad para los titulares de derechos de definir y controlar rigurosamente la extensión del uso permitido al usuario o adquirente del ejemplar.

Derecho<sup>528</sup>. Dichas licencias de uso se han convertido en un elemento inherente a la distribución de contenidos en línea y constituyen uno de los indicios de la evolución del derecho de autor para adaptarse al entorno digital.

El control del acto de acceso permite, en consecuencia, establecer estas condiciones o restricciones de uso, quedando el acceso efectivo a la obra subordinado a la aceptación de las mismas. En efecto, estas licencias se presentan en forma de contratos de adhesión<sup>529</sup>, instrumento ligado a la contratación o consumo en masa. Los titulares de derechos realizan un ofrecimiento unilateral que los usuarios no tienen más remedio que aceptar o rechazar<sup>530</sup>.

**251.** El dispositivo contractual se complementa con la presencia de dispositivos tecnológicos, esta vez en su modalidad de control de la utilización<sup>531</sup>. Las medidas tecnológicas de protección de la utilización del ejemplar dotan de efectividad práctica a los términos de la licencia. Licencias de uso y medidas tecnológicas de protección trabajan así conjuntamente para preservar la comercialización de la obra, impidiendo la reproductibilidad y la difusión descontrolada del ejemplar digital. Esta posibilidad de establecer, por medio de las medidas tecnológicas y del contrato, la extensión del uso permitido del ejemplar es vista, para los titulares de derechos, como la única manera de mantener un equilibrio en sus relaciones con los usuarios o consumidores. Sin embargo, este nuevo poder que ostentan comporta una serie de consecuencias para el derecho de autor.

## **B. Las consecuencias relacionadas con el derecho de autor**

**252.** La regulación del uso de la obra por medio de los contratos de licencia se traduce en una redefinición de los contornos del derecho exclusivo de explotación, por

---

<sup>528</sup> Los contratos de explotación regulan la relación que se establece entre los autores y titulares de otros derechos con terceros que desean explotar la obra, mientras que las segundas rigen la relación entre los titulares de derechos y los adquirentes de un ejemplar de la obra.

<sup>529</sup> Art. 1110 del Código civil francés: el contrato de adhesión es aquel cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, son determinadas por adelantado por una de las partes.

<sup>530</sup> A. LEPAGE, "Overview of Exceptions and Limitations to Copyright in the Digital Environment", *e-Copyright Bulletin*, Unesco, January – March 2003, p. 17.

<sup>531</sup> Entre otras cosas, la aplicación de estas medidas tecnológicas de protección de la utilización permite monetizar la posibilidad de que el usuario final obtenga una copia adicional de un archivo descargado, o bien su impresión; controlar el número de dispositivos o soportes en que puede ser instalado el archivo descargado; la tipología de los soportes habilitados para la lectura del contenido; la posibilidad de modificar el contenido, etc.

cuanto éste puede extenderse a los actos cubiertos por una excepción (1). Esta tendencia a la extensión del monopolio de explotación no es algo meramente casual, sino que esta posibilidad aparece jurídicamente confirmada en la Directiva 2001/29/CE (2).

### ***1. La extensión del derecho exclusivo de explotación a los actos cubiertos por una excepción***

**253.** El mayor impacto que presentan las licencias de uso con respecto al derecho de autor es que sus cláusulas pueden impedir o imponer determinadas condiciones para ejercer un acto que normalmente se encuentra autorizado por medio de una excepción. La consecuencia directa de esta “contractualización” de la relación entre los titulares de derechos y los adquirentes del ejemplar se traduce en un fenómeno de “contractualización” de las excepciones. Esto consiste en una regulación del régimen de dichas excepciones por medio del contrato, cuyos términos se encuentran habitualmente reforzados por la presencia de medidas tecnológicas de protección.

Como consecuencia de esta “contractualización” del uso del ejemplar, el adquirente del mismo ve disminuidas sus facultades de uso<sup>532</sup>, si comparamos su situación con la del adquirente de la misma obra en un soporte físico, hasta el punto en que es legítimo preguntarse qué se adquiere realmente cuando se “compra” un contenido digital. Las principales limitaciones que constan en las licencias de uso afectan tanto a la reproductibilidad del ejemplar (a), como a los actos de circulación del mismo en la esfera pública (b).

#### **a. Las limitaciones que afectan a la reproductibilidad del ejemplar**

**254.** El ejemplo más común de esta tendencia a la “contractualización” de las excepciones consiste en la restricción del número – y en ocasiones de la calidad – de las

---

<sup>532</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 896: “...las medidas tecnológicas ponen inevitablemente en entredicho los equilibrios internos del Derecho de autor en detrimento de los usuarios (y no siempre en beneficio de los propios autores) ...”.

copias que puede efectuar el usuario<sup>533</sup>. Habitualmente, el contenido adquirido legalmente para su descarga se acompaña de cláusulas contractuales que fijan el número y tipología de dispositivos de lectura en los cuales podrá instalarse o sincronizarse simultáneamente dicho contenido<sup>534</sup>. Otras cláusulas pueden impedir las copias en determinados soportes de grabación (como puede ser un CD), o restringirlas a un determinado número<sup>535</sup>. Además, las tecnologías de computación en la nube ofrecen servicios de sincronización diferida<sup>536</sup>, que permiten la descarga en distintos terminales de un contenido previamente adquirido, así como el acceso o lectura del mismo en línea<sup>537</sup>.

**255.** Las nuevas tecnologías ofrecen así una rica paleta de usos asimilables a lo que tradicionalmente se conoce como copia privada: instalación del contenido en diversos terminales, sincronización automática o diferida entre los mismos, copias en soportes de grabación y acceso en línea a contenidos previamente adquiridos. Su equivalencia funcional desde el punto de vista del usuario es evidente. Sin embargo, la

---

<sup>533</sup> Por ejemplo, la compra de un manual universitario en formato digital puede acompañarse de una licencia de uso que limite el número de páginas que pueden ser copiadas o impresas en papel. Tampoco se excluye que tal licencia impida por completo la realización de copias.

<sup>534</sup>“El Contenido protegido con DRM podrá ser utilizado hasta en cinco ordenadores y en cualquier número de dispositivos que Ud. sincronice desde dichos ordenadores” (Ejemplo extraído de las condiciones de *Apple* relativas al uso del contenido *iTunes Store*). Gracias a la función de sincronización simultánea, el consumidor que compra un contenido en línea puede obtener una reproducción de dicho contenido en varios de sus terminales conectados, sin tener que proceder por sí mismo a una sincronización entre tales terminales según las modalidades habituales. El *cloud* de *iTunes* permite al usuario que adquiere una obra musical por medio de la *iTunes Store* cargar de forma automática y simultánea una reproducción de dicha obra en su *Smartphone*, tableta o sus diferentes ordenadores. Para ello basta con “autorizar” los terminales conectados.

<sup>535</sup>“Ud. podrá grabar una lista de reproducción de audio a CD hasta en siete ocasiones para su escucha (esta limitación no se aplica al Contenido libre de DRM). Ud. podrá utilizar el CD en el que haya grabado su Contenido para los mismos fines con que pueda utilizar un CD comprado en un establecimiento comercial, con sujeción a las leyes locales en materia de propiedad intelectual” (Ejemplo extraído de las condiciones de *Apple* relativas al uso del contenido *iTunes Store*).

<sup>536</sup>La función de sincronización diferida permite al usuario disponer de un historial de compra en la nube. En la práctica esto le permite descargar la obra por primera vez en el momento de su adquisición y de volverla a descargar posteriormente tantas veces como lo desee a partir de este historial personal puesto a disposición por el vendedor. Se trata ni más ni menos de un servicio de sincronización diferida entre los terminales del usuario y de su espacio en la nube. El principal interés para el usuario consiste en la posibilidad de renovar fácilmente los contenidos de que dispone en sus diversos terminales, especialmente cuando éstos tienen una capacidad de almacenamiento limitada, ya que el archivo que se elimina no se pierde puesto que queda guardado en la nube (CSPLA, Rapport de la commission spécialisée “*Informatique dans les nuages*”, A.-E. Crédeville, J.-P. Dardayrol, J. Martin y F. Aubert, Octubre de 2012, p. 7-8).

<sup>537</sup>“La Biblioteca de Música *iCloud* es una función de *Apple Music* que le permite acceder a sus canciones coincidentes o cargadas, a sus listas de reproducción y a los vídeos musicales que haya comprado a través de *Apple Music*, *iTunes Store* o un tercero (el “Contenido de la Biblioteca de Música *iCloud*”) en sus dispositivos equipados con *Apple Music*. La Biblioteca de Música *iCloud* se activa automáticamente cuando Ud. inicia su suscripción de *Apple Music*” (Ejemplo extraído de las condiciones de *Apple* con respecto al uso de la Biblioteca de música *iCloud*).

libertad propia del entorno fuera de línea cede el paso a una regulación contractual que establece de forma detallada las condiciones bajo las cuales podrán realizarse dichas copias.

**256.** Surge así la duda de si esta tendencia a la “contractualización” de las condiciones bajo las cuales el usuario podrá realizar una copia para su uso privado – que suelen ser más restrictivas que las que establece la Ley – tiene alguna incidencia a efectos de la calificación jurídica de tal copia. Es decir, ¿estamos ante un auténtico supuesto de copia privada, o más bien ante un supuesto de copia licenciada, sometida al derecho exclusivo? ¿Merecen la misma calificación jurídica las copias que pueden instalarse en los diferentes dispositivos de lectura del usuario, aquellas que pueden realizarse mediante soportes de grabación, o las obtenidas por medio de la descarga descendente o del acceso en línea a un *cloud computing*? ¿Tiene alguna incidencia el hecho de que, no sólo se establezcan por contrato las condiciones en que puede efectuarse la copia de un contenido previamente adquirido, sino también que un tercero desempeñe un papel ineludible en la realización de tales copias y disponga asimismo de los medios para controlar que se realizan conforme a lo dispuesto en los términos de la licencia?

Es evidente que, tanto si se trata de una reproducción sometida al derecho exclusivo como de una auténtica copia privada, el titular de derechos deberá recibir una remuneración. Pero su cálculo y su sistema de percepción cambiarán en función de si estamos ante un supuesto u otro. Además, en caso de tratarse de una reproducción sometida al derecho exclusivo, será necesario solicitar al titular de derechos una autorización que comprenda el número de copias permitidas en cuestión. El problema se plantea específicamente con respecto a la calificación jurídica que merecen las copias de ejemplares previamente adquiridos en línea y que pueden ser confeccionadas por medio de las técnicas de computación en la nube<sup>538</sup>. A día de hoy, salvo en algún supuesto

---

<sup>538</sup> Concretamente nos referimos aquí a los supuestos de sincronización simultánea o diferida de un contenido previamente adquirido, así como al acceso en línea (en *streaming*) a dicho contenido.

excepcional<sup>539</sup>, los espacios de almacenamiento en la nube no figuran entre los equipos o soportes sometidos a la remuneración por copia privada<sup>540</sup>.

**257.** Indudablemente, el acto de descarga del ejemplar inicial de la obra por medio de un servicio en línea es un acto que pertenece al derecho exclusivo<sup>541</sup>. El prestador de servicios deberá, por tanto, disponer inicialmente de una autorización que le permita reproducir los contenidos protegidos en su base de datos para proceder seguidamente a la venta de tales reproducciones mediante descarga. La necesidad de que dicho prestador de servicios obtenga, además, una autorización para proporcionar los servicios de sincronización – automática o diferida – entre los terminales de lectura del usuario, o bien para ofrecer un acceso en línea al contenido previamente adquirido es, sin embargo, una cuestión más controvertida. ¿El uso de tales reproducciones para proporcionar los servicios de sincronización, en los términos establecidos en la licencia de uso, constituye una nueva explotación de tales reproducciones? En Francia, el CSPLA convocó en el año 2012 una comisión especializada para proceder a la calificación jurídica de los diferentes servicios de informática en la nube. La complejidad propia de las operaciones de sincronización automática o diferida impidió que sus miembros llegasen a un consenso, existiendo así dos tendencias contrapuestas.

Para una parte de sus miembros, los actos de sincronización son actos de descarga a la demanda y, por tanto, se encuentran sometidos al derecho exclusivo. Entienden que, en estos supuestos, no habría distinción alguna entre el ejemplar inicialmente obtenido mediante descarga, y las reproducciones subsiguientes obtenidas por medio de la sincronización con la nube<sup>542</sup>. El argumento se basa en que la copia se obtiene solicitándola expresamente al prestador de servicios, mientras que una de las características principales de la copia privada reside en el hecho de que ésta se realiza sin necesidad de contar con una autorización de los titulares de derechos<sup>543</sup>. En sentido

---

<sup>539</sup> En este sentido, el artículo L. 311-4, párrafo 2º del CPI, introducido por medio de la Ley de 7 de julio de 2016 ha incluido en el ámbito de la remuneración por copia privada los servicios de *network personal video recorder* (NPVR), en unas condiciones bien definidas por el legislador (*vid. supra*, nº 121).

<sup>540</sup> Con respecto a la calificación jurídica de las copias realizadas en los servicios de *personal locker*, *vid. supra*, nº 117.

<sup>541</sup> CSPLA, Rapport de la commission spécialisée “*Informatique dans les nuages*”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>542</sup> CSPLA, Rapport de la commission spécialisée “*Informatique dans les nuages*”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>543</sup> CSPLA, Rapport de la commission spécialisée “*Informatique dans les nuages*”, *loc. cit.* El mismo régimen se aplicaría a las copias temporales realizadas para las funciones de escucha fuera de línea en los terminales móviles. El carácter no transitorio de tales copias, ya que no son borradas del terminal tras su lectura, obstaculiza el juego de la excepción de reproducción provisional establecida en el art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE. En consecuencia, han de ser tratadas como cualquier otra descarga.



opuesto, el otro sector del CSPLA, razonando en base al principio de neutralidad tecnológica consideraba, en cambio, que los actos de sincronización realizados a iniciativa del usuario constituyen una nueva manifestación de la copia privada<sup>544</sup>.

El manejo tradicional de los criterios tradicionales de la copia privada, fijados en la Sentencia *Ranou-Graphie* de la *Cour de cassation* francesa de 7 marzo 1984<sup>545</sup>, conduciría a decantarse por la primera tesis. En efecto, la cualidad de copista correspondería más bien al prestador del servicio de *cloud computing* que al usuario<sup>546</sup>. El mismo razonamiento llevó a los jueces de la *Cour d'appel* de París, en la Sentencia *Wizzgo* de 14 de diciembre de 2011<sup>547</sup>, a denegar el beneficio de la excepción de copia privada al prestador de un servicio gratuito que realizaba copias de programas de televisión en Internet a petición del usuario. Esta es en todo caso solución más acorde con el Derecho español, cuyo artículo 31.2 TRLPI exige, en su primer inciso, que la reproducción se realice “sin asistencia de terceros”. El derecho de la Unión Europea es, no obstante, más flexible, y no excluye de la definición de copia privada las reproducciones realizadas para un tercero, en tanto en cuanto el uso de las mismas siga siendo privado. El art. 5.2 b) de la Directiva establece, en este sentido, que la copia debe ser realizada “por una persona física para uso privado”, sin más precisiones. El propio TJUE ha afirmado que “la puesta a disposición de equipos, aparatos y soportes de reproducción a favor de usuarios privados o la prestación a éstos de un servicio de reproducción, constituye la premisa fáctica necesaria para que las personas físicas puedan obtener copias privadas”<sup>548</sup>. En consecuencia, para el Tribunal de Justicia, “no es necesario que las personas físicas de que se trate posean los equipos, aparatos y soportes de reproducción. Dichas personas físicas pueden igualmente recibir de un

---

<sup>544</sup> CSPLA, Rapport de la commission spécialisée “*Informatique dans les nuages*”, *op. cit.*, p. 14. Para ello opinan que es necesario razonar en base a la identidad de efectos para el usuario, o principio de “neutralidad tecnológica”, según el cual a un uso funcionalmente equivalente le corresponde una misma calificación jurídica.

<sup>545</sup> Cas. 1<sup>re</sup> civ., de 7 de marzo de 1984: *JCP G* 1985, II, 20351, nota Plaisant; *RTD com.* 1984, p. 677, obs. A. Françon.

<sup>546</sup> CSPLA, Rapport de la commission spécialisée “*Informatique dans les nuages*”, *op. cit.*, p. 15

<sup>547</sup> TGI Paris, de 25 de noviembre de 2008, *Sté Wizzgo y Sté Métropole Télévisions et a.*; *RIDA* 2009, n° 219, p. 219, obs. P. Sirinelli; *JCP E* 2009. 1918, obs. O. Pignatari; *RTD com.* 2009, p. 312, obs. F. Pollaud-Dulian. Decisión confirmada por medio de la Sentencia CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 déc. 2011, *RLDI* 2012/78, n° 2592, obs. L. Costes; *LEPI*, mars 2012, p. 2, obs. C. Bernault.

<sup>548</sup> Apartado n° 48 de la STJUE (Sala 3ª), de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08, *Padawan y SGAE, EGEDA, AIE, AGEDI & CEDRO, D.* 2010, p. 2646, obs. J. Daleau; *ibid.*, 2011, p. 2164, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2010, p. 710, obs. F. Pollaud-Dulian.

tercero un servicio de reproducción, que constituye la premisa fáctica necesaria para que ellas puedan obtener copias privadas”<sup>549</sup>.

**258.** En nuestra opinión, una configuración en la que el titular de derechos determina de antemano el número de copias permitidas, interviene en el proceso de realización de las mismas, y puede monitorizar que todo ello se haga en estricta conformidad con los términos de la licencia, se aleja bastante de lo que se conoce tradicionalmente como la excepción de copia privada. No hay que olvidar que el reconocimiento de esta excepción obedeció precisamente al hecho de que, en el entorno analógico, es prácticamente imposible controlar la realización de este tipo de copias. En todo caso, los beneficiarios del límite de copia privada deberían ser los usuarios finales, pero no un tercero que pretende amparar un acto de explotación dentro del ámbito de una excepción, pues ésta aun siendo compensada, le exime de la necesidad de solicitar las autorizaciones correspondientes a los titulares de derechos. El control que, tanto *a priori* como *a posteriori*, permiten las nuevas tecnologías sobre el proceso de realización de copias para uso privado debería ser suficiente para excluir la aplicación de la excepción, dejando paso al ejercicio del derecho exclusivo.

**259.** En definitiva, las licencias de uso establecen limitaciones importantes sobre los actos de reproducción del ejemplar que se efectúan en la esfera privada, circunstancia que conduce a interrogarse sobre la calificación jurídica que merecen tales copias, y si éstas encajan realmente en los criterios de la copia privada. En un sentido similar, otra serie de limitaciones establecidas en las licencias de uso pueden comprometer la circulación del ejemplar en la esfera pública.

#### **b. Las limitaciones que afectan a la circulación del ejemplar en la esfera pública**

**260.** En consonancia con lo afirmado anteriormente, suele ser también habitual que las condiciones generales de uso especifiquen que lo único que el consumidor adquiere al “comprar” un archivo en línea es una licencia para utilizar el contenido y no

---

<sup>549</sup> Apartado nº 35 de la STJUE (Sala Tercera), de 29 de noviembre de 2017, asunto C-265/16, *VCAST Limited y RTI SpA, CCE nº 1*, janvier 2018, comm., p. 1-2, obs. Ch. Caron.

un derecho de propiedad<sup>550</sup>. Por la manera en que están redactadas dichas licencias, se entiende que ese derecho de uso es, además, de carácter estrictamente personal<sup>551</sup>. Algunas establecen expresamente la prohibición de alquilar, vender, distribuir o ceder de cualquier otra forma el contenido adquirido en formato digital<sup>552</sup>. Asimismo, pueden limitar o prohibir toda posibilidad de compartir o prestar<sup>553</sup> dicho ejemplar. Nuevamente, nos encontramos aquí ante un supuesto de colisión entre los términos de la licencia de uso del contenido digital y la efectividad de determinadas excepciones u otras limitaciones establecidas por la Ley al derecho exclusivo. En particular, dicho conflicto se da con las disposiciones legales que permiten el préstamo público del ejemplar (1) o su reventa conforme a la regla del agotamiento del derecho de distribución (2).

### 1) El préstamo de ejemplares digitales

**261.** La imposición de restricciones de uso sobre los archivos digitales no es algo reservado a la relación entre los titulares de derechos y los consumidores finales. Como adquirentes de ejemplares de las obras, las bibliotecas e instituciones análogas también se han visto afectadas por la presencia de licencias de uso y de medidas tecnológicas de protección, alegando que tales mecanismos les impedían ejercer sus misiones de interés público. Dichas medidas pueden, en efecto, prohibir la realización de actos de reproducción necesarios para que tales instituciones puedan desempeñar su función de conservación del patrimonio cultural<sup>554</sup>. Lo mismo ha de decirse de las cláusulas que

---

<sup>550</sup> Condiciones generales del servicio *iTunes* de Apple: “Por cada Transacción, Ud. adquiere una licencia exclusivamente para utilizar el Contenido”. En un sentido similar, las condiciones de *Amazon* para el contenido *Kindle* establecen que le proveedor otorga al usuario “el derecho no exclusivo a visionar, utilizar y exhibir en pantalla dicho Contenido Kindle cualquier número de veces”.

<sup>551</sup> En este sentido, figuran en las condiciones generales cláusulas como las siguientes: “Los presentes términos y condiciones crean un contrato entre Ud. y Apple (el “Contrato”); “Ud. adquiere...”. El Contenido *Kindle* de *Amazon* se concede únicamente para “uso personal y no comercial del propio usuario”.

<sup>552</sup> “Salvo indicación específica en sentido contrario, Usted no puede vender, alquilar, prestar, distribuir, difundir, sublicenciar o, de cualquier otra manera, ceder ninguno de los derechos relativos al Contenido *Kindle* o una parte del mismo a un tercero, y no puede retirar o modificar las menciones sobre los derechos o autor o de propiedad sobre el Contenido *Kindle*” (extracto de las condiciones de uso del Contenido Kindle de Amazon Francia. Traducción propia).

<sup>553</sup> Las funcionalidades que permiten a un usuario compartir con otro un archivo (por ejemplo, una pista de audio de una plataforma de música en *streaming*) suelen requerir que el usuario con el que se comparte sea titular de una suscripción.

<sup>554</sup> A ello obedece la introducción de una nueva excepción de “conservación del patrimonio cultural” en el artículo 6 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único

impiden el préstamo de los ejemplares electrónicos. En este sentido, se ha discutido si la excepción al derecho exclusivo que permite el préstamo público a cambio de una remuneración en beneficio de los autores (artículo 6 de la Directiva 2006/115/CE<sup>555</sup>) comprende también el préstamo de ejemplares electrónicos.

**262.** En la mayoría de países de nuestro entorno, se ha venido considerando que el préstamo de libros digitales por las bibliotecas públicas debería quedar sometido al derecho exclusivo, de manera que sólo por la vía contractual sería posible el desarrollo de una oferta digital en las bibliotecas<sup>556</sup>. En este contexto, el gobierno neerlandés elaboró un proyecto de ley por medio del cual los préstamos digitales de libros electrónicos quedaban excluidos del ámbito de aplicación de la licencia legal prevista en materia de préstamo público. Este hecho desencadenó una polémica entre las bibliotecas y los titulares de derechos que desembocó en el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. En ella, el Tribunal de Justicia era interrogado acerca de si la Directiva 2006/115/CE cubre el préstamo digital y en qué condiciones. En efecto, la Directiva de 2006 se refiere al “préstamo de originales y copias de obras protegidas”<sup>557</sup> así como al préstamo “de objetos”<sup>558</sup>, pero no especifica la naturaleza de los mismos.

Procediendo a una interpretación literal y finalista de los textos europeos, el TJUE<sup>559</sup> ha extendido el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/115/CE al préstamo de obras

---

*digital*. Dicha excepción es, además, imperativa o de orden público, puesto que el artículo 7 declara inaplicable toda disposición contractual contraria a la misma.

<sup>555</sup> Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual* (Versión codificada).

<sup>556</sup> No obstante, el interés creciente de estos establecimientos por dotarse de libros electrónicos, condujo a una solución intermediaria en Francia mediante un acuerdo de “Derecho blando”. Con el fin de crear un marco estable para fomentar el desarrollo del préstamo digital, el Ministerio de Cultura impulsó la firma de un acuerdo entre los diferentes actores de la cadena de creación y difusión del libro plasmado en un conjunto de doce *Recommandations pour une diffusion du livre numérique par les bibliothèques publiques*. Entre ellas figuran la posibilidad de dar acceso a las bibliotecas públicas a la integridad de la producción editorial digital, asegurar la interoperabilidad de los catálogos de obras propuestos a las bibliotecas públicas, desarrollar el préstamo de libros digitales a distancia, con los debidos controles de acceso; favorecer una oferta de libros digitales adaptadas a personas con algún tipo de discapacidad que dificulte o impida la lectura. Una de las doce recomendaciones de dicho acuerdo establece, además, la obligación de remunerar de forma equitativa a los autores y a favorecer el mantenimiento de las condiciones de la creación editorial. El acuerdo, no obstante, carece de carácter vinculante de manera que seguía dejando a los titulares el pleno dominio de sus derechos.

<sup>557</sup> Art. 1.1 de la Directiva 2006/115/CE.

<sup>558</sup> Art. 2.1 b) de la Directiva 2006/115/CE.

<sup>559</sup> STJUE (Sala Tercera) de 10 de noviembre de 2016, asunto C- 174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken y Stichting Leenrecht: Propr. intell.* janv. 2017, n° 62, p. 19 y s., obs. A. Lucas; *CCE* févr. 2017, comm.10, obs. C. Caron; *CCE* janv. 2017, comm. 3, obs. G. Loiseau; *RTD Com.* 2017 p. 79, obs. F. Pollaud-Dulian; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 42, obs. S. Dormont; *RIDA* n° 253, juillet 2017, chron. P. Sirinelli y A. Bensamoun.

literarias en formato digital. Según el TJUE, la letra de la normativa europea e internacional en la materia no se opone expresamente a la extensión del préstamo público a los libros digitales, al contrario de cuanto ocurre con el derecho de alquiler<sup>560</sup>. El análisis de los trabajos preparatorios tampoco muestrade forma evidente, la intención de la Comisión Europea de excluir los libros digitales del derecho de préstamo. Además, el TJUE recuerda que la Directiva 2006/115/CE ha de “adaptarse a las realidades económicas nuevas, como las nuevas formas de explotación”, de las cuales forma parte el préstamo realizado en forma digital. Paradójicamente, el TJUE considera que excluir completamente el préstamo realizado en forma digital del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/115 sería contrario al principio general que exige un elevado nivel de protección a favor de los autores. Este argumento llama la atención, teniendo en cuenta que el Tribunal va a extender el ámbito de la remuneración equitativa– y, por tanto, de un límite al ejercicio del derecho exclusivo – a los libros electrónicos, mientras que hasta el momento los editores neerlandeses habían regulado el préstamo de tales ejemplares por medio de contratos celebrados con las bibliotecas. Por otra parte, el Tribunal recuerda la necesidad de establecer un equilibrio entre los intereses de los autores y la promoción cultural, equilibrio que parece garantizado por la existencia de una remuneración equitativa.

Sin embargo, el TJUE procede seguidamente a una delimitación del ámbito de esta extensión de la excepción de préstamo: la operación realizada por una biblioteca accesible al público ha de presentar características comparables, en sustancia, a las de los préstamos de obras impresas. Lo que viene a significar que la operación de préstamo de un libro digital ha de imitar las condiciones del préstamo de un libro físico. Tales son las circunstancias en el caso examinado por el TJUE, puesto que las bibliotecas neerlandesas sólo ponen a disposición una sola copia de los libros en formato digital al mismo tiempo. En consecuencia, soloun único usuario puede descargar dicha copia en su ordenador durante el período de préstamo, y una vez transcurrido este plazo, la copia descargada por el usuario deja de ser utilizable por éste. Este modelo “*one copy-one user*” implica que la capacidad de préstamo de la biblioteca interesada no debe

---

<sup>560</sup> *Declaración concertada respecto de los Artículos 6 y 7 del Tratado de la OMPI*: “tal como se utilizan en estos Artículos, las expresiones “copias” y “originales y copias” sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles”.

exceder de la que tiene si se trata de una obra impresa<sup>561</sup>. Con ello, TJUE da por sentado que el equilibrio encontrado fuera de línea no coincide necesariamente con el equilibrio en el entorno digital, circunstancia que justifica también que el préstamo electrónico se lleve a cabo estableciendo condiciones adicionales como es el hecho de que la copia del libro en forma digital que la biblioteca pública pone a disposición haya sido comercializada mediante una primera venta u otra forma de transmisión de la propiedad autorizada por el titular del derecho de distribución<sup>562</sup>.

**263.** Sin embargo, la Sentencia del TJUE deja muchos interrogantes sin resolver<sup>563</sup>. Por ejemplo, ¿pueden los titulares de derechos establecer, en las licencias de uso, un número máximo de veces que el ejemplar digital podrá ser prestado, quedando la biblioteca obligada a adquirir una nueva licencia una vez agotado el mismo? ¿Pueden, simplemente, impedir todo préstamo, o de la interpretación que hace el TJUE se desprende que la excepción de préstamo es de orden público y no puede ser derogada por contrato?<sup>564</sup> E incluso, ¿pueden estas licencias impedir que el préstamo a distancia tenga carácter transfronterizo? En tanto en cuanto el régimen del préstamo electrónico no sea objeto de un mayor desarrollo por el legislador, no puede descartarse que los titulares de derechos sigan estableciendo sus propias condiciones en las licencias de uso, hecho que sin duda dará lugar a nuevos conflictos ante la jurisprudencia. Por otra parte, en un contexto similar, se ha discutido si el adquirente de un archivo digital que contiene una obra o prestación protegida puede realizar actos de disposición sobre el mismo en las mismas condiciones que si se tratase de un soporte tangible.

---

<sup>561</sup> Apartados nº 51 a 53 de la STJUE de 10 de noviembre de 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken y Stichting Leenrecht*, anteriormente citada.

<sup>562</sup> Apartado nº 55 de la STJUE de 10 de noviembre de 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken y Stichting Leenrecht*, anteriormente citada.

<sup>563</sup> En este sentido, A. BENSAMOUN, “observations sous CJUE, 3e ch., 10 nov. 2016, aff. C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken y Stichting Leenrecht*, et autres”, *RIDA* nº 253, juillet 2017, p. 141-162, en p. 162: “¿Qué conclusión sacar de la sentencia? Que el Tribunal de justicia ha operado, en el marco de un modelo propuesto y bajo determinadas condiciones, una extensión del préstamo digital de la licencia legal permitida por el artículo 6, párrafo 1º, de la Directiva 2006/115. Sin duda, también, que el enfoque del Tribunal, dictado por un resultado a alcanzar más que por un razonamiento jurídico riguroso, es particularmente audaz - ¿destructor de conceptos? – todo para una cosecha bien pobre” (traducción propia).

<sup>564</sup> Sobre el carácter imperativo o de orden público de las excepciones, *vid. infra* nº 285.

## 2) La prohibición de realizar actos de disposición sobre el contenido digital

**264.** El art. 4.1 de la Directiva 2001/29/CE establece en favor de los autores, respecto del original de sus obras o copias de ellas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio. Esta facultad se encuentra limitada en el apartado 2º de dicho artículo por la llamada regla del agotamiento del derecho de distribución. En el contexto de la “distribución digital” o “inmaterial”, ha surgido la duda de si la venta en línea de un fichero digital constituye un verdadero acto de distribución conforme al art. 4.1 de la Directiva, en cuyo caso se encontraría sometida a la regla del agotamiento. La cuestión consiste en dilucidar si el “objeto” al que se refiere el artículo 4.2<sup>565</sup> de la Directiva de 2001 es necesariamente un objeto tangible.

**265.** Diseñada por la doctrina alemana, la teoría del agotamiento del derecho de distribución fue concebida en su origen como una manera de conciliar los derechos del autor sobre su obra con el derecho de propiedad del adquirente del soporte. Este último tiene la facultad de disponer de la cosa, lo cual le permite, entre otras cosas, enajenarla<sup>566</sup>. Una justificación adicional a esta regla del agotamiento ha sido encontrada en el Derecho de la Unión Europea<sup>567</sup>.

En la práctica, el reconocimiento del agotamiento del derecho de distribución es equiparable al reconocimiento de una excepción al derecho exclusivo. En efecto, el agotamiento no es inherente al derecho de distribución, y sería totalmente concebible que el autor pudiera conservar un poder de control sobre la utilización de los ejemplares de su obra, más allá de su primera puesta en circulación en el mercado<sup>568</sup>. Sin dicha regla que consagra el agotamiento del derecho de distribución, el titular de un derecho

---

<sup>565</sup> El artículo 4.2 de la Directiva 2001/29/CE establece que el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público se agotará con la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento.

<sup>566</sup> Ph. MALAURIE y L. AYNÈS, *Les biens*, LGDJ, Paris, 6<sup>e</sup> éd., 2015, n° 433, p. 140: “El derecho de disponer de la cosa que pertenece a su propietario es un poder a la vez jurídico y material: el propietario puede enajenar la cosa, pero también destruirla, o sobre todo elegir su modelo de explotación: es decir, tiene un poder sobre la substancia de la cosa. Este es el elemento más característico de la propiedad. Los otros derechos reales deben, por el contrario, conservar siempre la substancia de la cosa” (traducción propia).

<sup>567</sup> En el Derecho de la Unión Europea esta regla encuentra su justificación en el principio de libre circulación de mercancías. Ello supone que la primera comercialización del ejemplar de la obra se extenderá a todo el Mercado Único.

<sup>568</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 274, p. 284.

de autor sobre una obra protegida podría quedar facultado para ejercer su derecho exclusivo con cada cambio de propietario del objeto en el que se reproduce dicha obra. Ello le permitiría controlar no sólo la primera venta de este objeto, sino igualmente las reventas sucesivas, paralizando así el derecho del propietario en cuestión que le permite disponer de él libremente<sup>569</sup>.

**266.** En un contexto en el que cada vez es más común adquirir música, películas, videojuegos, programas de ordenador o libros desmaterializados, no es de extrañar que se haya cuestionado si la aplicación de este principio queda exclusivamente limitada a los soportes tangibles o se extiende también a las obras cuyo vector de transmisión es un archivo digital. De hecho, han comenzado a surgir nuevos modelos económicos basados en la reventa de ejemplares digitales de las obras en línea, originando así un importante contencioso entre los titulares de derechos y los representantes de dichas plataformas. Por otra parte, el problema se ha planteado también desde el ángulo de la licitud de las condiciones generales de uso de los servicios de comercialización de libros digitales, que impiden a sus clientes revenderlos o ponerlos en circulación<sup>570</sup>.

**267.** En este sentido, el TJUE fue interrogado acerca de si las licencias de uso, adquiridas mediante la descarga en línea de un programa de ordenador, podían equipararse a las tradicionales ventas de soportes físicos de copias de dichos programas y, en consecuencia, si era posible su reventa en línea sin necesidad de contar con la autorización expresa del titular del derecho de autor y en qué circunstancias. El Tribunal alemán que planteó la cuestión prejudicial preguntaba, además, si los sucesivos adquirentes podrán ser tenidos por “adquirentes legítimos” a efectos de las excepciones a los actos sujetos a restricción contemplados en el art. 5 de la Directiva sobre la protección jurídica de los programas de ordenador. Por medio de la STJUE de 3 de julio de 2012<sup>571</sup>, el alto órgano judicial europeo autorizó al cesionario de una licencia de uso

---

<sup>569</sup> CSPLA, *Rapport de la commission consacrée à la seconde vie des biens culturels numériques*, J. Farchy y J.-A. Bénazéraf, Mayo de 2015, p. 8; DE WOLF & PARTNERS, *Study on the application of directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society (the "infosoc directive")*, p. 61.

<sup>570</sup> “Salvo indicación expresa en otro sentido, el usuario no podrá *vender*, alquilar, *distribuir*, emitir, otorgar sublicencias, *ni de ninguna otra forma ceder* ningún derecho sobre el Contenido Kindle” (extracto de las condiciones de uso del Contenido Kindle de Amazon).

<sup>571</sup> STJUE (Gran Sala) de 3 de julio de 2012, asunto C-128/11, *UsedSoft GmbH y Oracle International Corp.*, D. 2012, p. 2142, obs. J. Daleau, nota A. Mendoza-Caminade; *ibid.* p. 2101, point de vue J. Huet; *ibid.* p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; *RTD com.* 2012, p. 542, obs. F. Pollaud-Dulian; *ibid.* p. 790, chron. P. Gaudrat; *RTD eur.* 2012. 947, obs. E. Treppoz; *Rev. UE* 2015, p. 442, étude J. Sénéchal; *Propri. intell.* 2012, n° 44, p. 333, obs. A. Lucas.



de un programa de ordenador a venderla, bajo ciertas condiciones, sin pedir autorización al editor, cuyo derecho se consideraba agotado con la primera venta realizada en línea. El razonamiento del TJUE en el caso *UsedSoft* se apoya en una interpretación literal del artículo 4.2 de la Directiva 2009/24/CE, el cual no exige expresamente que el programa de ordenador vendido tenga que materializarse en un soporte físico o tangible para hablar de agotamiento del derecho. En base al efecto útil del principio del agotamiento, y al principio de equivalencia funcional o de neutralidad tecnológica, el TJUE interpreta el término “venta” que figura en el mencionado art. 4.2 de manera amplia, entendiendo por tal toda modalidad de comercialización de un programa de ordenador que se caracterice por la entrega de un derecho de uso de éste por un tiempo indefinido y a cambio de un precio. La inexistencia de un soporte tangible es, por tanto, indiferente a estos efectos. Además, según el TJUE, el agotamiento del derecho de distribución, en este tipo de casos, se aplica, inclusive cuando la copia del programa de ordenador revendida sea diferente de la versión inicialmente adquirida, puesto que comprende su actualización. Es decir, la copia actualizada en el marco del contrato de mantenimiento se asimila a la primera copia vendida<sup>572</sup>. La única condición impuesta por el TJUE al primer adquirente es la de hacer inutilizable su propia copia en el momento de la reventa de la misma, para no violar el derecho exclusivo de reproducción del programa, que sigue correspondiendo al autor. El TJUE concluye así afirmando que la autonomía de la voluntad de las partes no es suficiente para derogar el principio del agotamiento del derecho de distribución<sup>573</sup>.

Como afirma G. MINERO ALEJANDRE, “con esta novedosa interpretación, el máximo órgano jurisdiccional europeo se aparta del sentido tradicional ofrecido por parte de la doctrina europea al principio del agotamiento, limitado a la existencia de una copia tangible o material de la obra protegida por el derecho de autor y que, en el caso de los programas de ordenador, se asociaba a la venta de un CD-ROM en el que

---

<sup>572</sup>Apartado nº 67 de la STJUE de 3 de julio de 2012: “Aun en el supuesto de que el contrato de mantenimiento sea de duración determinada, debe declararse que las funcionalidades corregidas, modificadas o añadidas en virtud de tal contrato forman parte de la copia inicialmente descargada y pueden ser utilizadas por el adquirente de ésta sin limitación de tiempo, sucediendo lo mismo en el caso de que este adquirente decida posteriormente no renovar el contrato de mantenimiento”.

<sup>573</sup>M. COULAUD, “Les effets pratiques sur l’édition logicielle de la décision UsedSoft GmbH du 3 juillet 2012”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 298: señala, no obstante, una serie de soluciones que podrían adoptar los editores de un programa de ordenador para evitar los efectos de la Sentencia *Oracle*, como es la conclusión de licencias de uso de duración más breve/definida; o bien la adopción del modelo *Software as a Service* (SaaS), es decir, comercializar el programa por medio de una suscripción, de manera el cliente, en lugar de descargar el programa, acceda y utilice el mismo en línea.

hubieran sido grabadas una o varias copias del *software* en cuestión”<sup>574</sup>. De hecho, la solución adoptada por el TJUE ha sido criticada por la doctrina mayoritaria, considerándola contraria al Derecho Internacional<sup>575</sup>. En este sentido, se ha afirmado que esta solución debería quedar limitada a los programas de ordenador, cuya Directiva constituye una *lex specialis*, y es, por tanto, independiente del régimen común que establece la Directiva 2001/29/CE<sup>576</sup>. Ésta última sí somete la aplicación de la regla del agotamiento del derecho de distribución a la existencia de un soporte tangible en los considerandos nº 28 y 29<sup>577</sup>. A mayor abundamiento, los trabajos preparatorios de la Directiva 2001/29/CE corroboran que esta regla fue diseñada para la circulación de mercancías, es decir, de objetos tangibles<sup>578</sup>.

**268.** En consecuencia, la “distribución” digital, más que un acto de distribución en el sentido del art. 4.1 de la Directiva de 2001, debería ser calificada jurídicamente como un acto de puesta a disposición, derecho que no está sometido a la regla del agotamiento<sup>579</sup>. En este sentido, es significativo el hecho de que, en algunos ordenamientos jurídicos que han optado por incluir las transmisiones digitales dentro del campo de aplicación del derecho de distribución<sup>580</sup>, se haya descartado la aplicación a las mismas de la regla del agotamiento de distribución. Así, en Estados Unidos, una Corte del Distrito de Nueva York ha desestimado las pretensiones, fundadas en el

---

<sup>574</sup>G. MINERO ALEJANDRE, “Las nuevas reglas en el consumo de contenidos digitales protegidos por la propiedad intelectual, con especial referencia a los programas de ordenador. Calificación de los actos de explotación y aplicación de la regla del agotamiento a la luz de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea”, in J.J. MARÍN LÓPEZ, R. CASAS VALLÈS y R. SÁNCHEZ ARISTI, (coord.). *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016, p. 493-524, en p. 502. En el mismo sentido se pronuncia C. ZOLINSKY, *L'épuisement en ligne*, Actes du Colloque en l'honneur du Professeur André Lucas (Nantes, 23 septembre 2014), *Propr. Intell.*, nº 55, avril 2015, p. 133-138, en p. 134.

<sup>575</sup>E. TREPPOZ, “Le droit d'auteur: frein ou instrument d'un marché unique du numérique”, *Juris art. etc.* 2015, nº 21, p. 29: “... este debilitamiento del derecho de autor parece difícilmente aceptable a nivel internacional. Sabemos que el Tratado de Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 prevé el agotamiento del derecho de distribución. Precisamente, el derecho de distribución se encuentra limitado, en su acepción internacional, a los ejemplares tangibles” (traducción propia). Esta interpretación deriva de lo establecido en la *Declaración concertada respecto de los Artículos 6 y 7 del Tratado de la OMPI*.

<sup>576</sup>CSPLA, *Rapport de la commission consacrée à la seconde vie des biens culturels...*, *op. cit.* p. 40 y s.

<sup>577</sup>El considerando nº 28 de la Directiva 2001/29/CE define el derecho de distribución como el derecho exclusivo a controlar la distribución de una obra incorporada a un bien material. Por su parte, el considerando nº 29 afirma que la cuestión del agotamiento del derecho no se plantea en el caso de los servicios, en particular cuando se trata de servicios en línea

<sup>578</sup>CSPLA, *Rapport de la commission consacrée à la seconde vie des biens culturels...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>579</sup>CSPLA, *Rapport de la commission consacrée à la seconde vie des biens culturels...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>580</sup>*Vid. supra*, nº 229.

principio de la *first sale doctrine*<sup>581</sup>, de *ReDigi*, una plataforma en línea dedicada a la reventa de archivos musicales legalmente adquiridos por sus clientes sin la autorización del titular de derechos<sup>582</sup>. De ello se desprende que el punto de equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los adquirentes de los ejemplares no es el mismo fuera de línea que en línea, y que el principio de neutralidad tecnológica ha de ser manejado con precaución.

**269.** En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelación de Hamburgo<sup>583</sup> declarando la licitud de una cláusula establecida en una licencia de uso que prohibía la reventa del ejemplar digital a su adquirente. Para el la Corte no cabe ninguna duda de que el principio de agotamiento del derecho de distribución no se aplica a los archivos digitales obtenidos mediante descarga, razón por la cual rechaza el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE<sup>584</sup> y desestima las pretensiones de la asociación de consumidores demandante.

**270.** Sin embargo, no tardaría mucho tiempo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en ser solicitado para pronunciarse acerca de la conformidad con el Derecho de la Unión Europea del modelo económico de una plataforma de reventa de libros electrónicos en línea. El órgano remitente preguntaba, en esencia, si el suministro mediante descarga de un libro electrónico para su uso permanente está comprendido dentro del concepto de “comunicación al público” (art. 3 de la Directiva 2001/29/CE) o de “distribución al público” (art. 4.1 de la Directiva 2001/29/CE). En Sentencia *Tom*

---

<sup>581</sup> La *first sale doctrine* es el equivalente de lo que conocemos en el Derecho de la Unión Europea como agotamiento del derecho de distribución.

<sup>582</sup> United States District Court, Southern District of New York, n° 12 Civ. 95 (RJS), *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, de 30 de marzo de 2013; *Propr. Intel.* 2013, n° 48, p. 308-310, obs. A. Lucas; *RLDI* 2014/100, 3306, obs. Beauprand y Belin. El Juez Sullivan considera que, en el estado actual del derecho positivo, y ante el silencio de la Ley, no le corresponde validar un tal modelo económico; que la copia realizada en la memoria del ordenador del destinatario no podía ser tenida como lícita desde el punto de vista de la Ley americana, y que la *first sale doctrine* sólo puede aplicarse a los ejemplares materiales de la obra. Concluye así afirmando que existe una violación de los derechos de reproducción y de distribución.

<sup>583</sup> OLG Hambourg, 24 de marzo de 2015, n° 10 U 5/11, *EDPI* 01/06/2015 n° 6, p. 4, comm. A. Lucas-Scholoetter. En el mismo sentido se habían pronunciado las Cortes de Apelación de Stuttgart (3 de noviembre de 2011).

<sup>584</sup> En este sentido, la STJUE (Sala Cuarta) de 22 de enero de 2015, n° C-419/13, *Art & Allposters y Stichting Pictoright*, había afirmado ya que “el agotamiento del derecho de distribución se aplica al objeto tangible en el que se incorpora una obra protegida o su copia” (apartado n° 40), las circunstancias del caso sometido a la apreciación del TJUE eran completamente distintas, y nada tenían que ver con la reventa de archivos digitales.

*Kabinet* de 19 de diciembre de 2019<sup>585</sup>, el TJUE se apoya en una serie de argumentos para afirmar la inaplicación del principio del agotamiento del derecho de distribución a la reventa de libros electrónicos de ocasión.

En primer lugar, el TJUE considera que el concepto de “comunicación al público” abarca cualquier comunicación “distinta de la distribución de copias físicas”, mientras que las éstas, que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles, pertenecen al ámbito del derecho de distribución.<sup>586</sup> En segundo lugar, consciente de que un libro electrónico no es un programa de ordenador, y que la Directiva 2009/24 es *lex specialis* en relación con la Directiva 2001/29<sup>587</sup>, declara inaplicables los efectos de la Sentencia *UsedSoft* de 3 de julio de 2012 al caso que nos ocupa<sup>588</sup>. Seguidamente, el TJUE se apoya en la economía de la operación. En este sentido, opina que no puede considerarse que la entrega de un libro en un soporte material y el suministro de un libro electrónico sean equivalentes desde un punto de vista económico y funcional. A diferencia de los libros en soporte material, las copias digitales intangibles no se deterioran con el uso, de modo que las copias de segunda mano son el sustituto perfecto de las copias nuevas. Además, los intercambios de tales copias no requieren esfuerzo ni coste adicionales, por lo que el mercado paralelo de segunda mano puede afectar al interés que tienen los titulares en obtener una retribución adecuada por sus obras de forma mucho más significativa que el mercado de segunda mano de objetos tangibles<sup>589</sup>.

Por otra parte, el TJUE observa que el número de personas que pueden tener acceso simultánea o sucesivamente a través de esa plataforma es importante, dado que cualquier persona interesada puede hacerse miembro del club de lectura y de la inexistencia de medidas técnicas que permitan garantizar que sólo pueda descargarse una copia de una obra simultáneamente, y una vez transcurrido el período durante el cual el usuario tiene efectivamente acceso a ella, la copia descargada por el usuario no

---

<sup>585</sup> STJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019, asunto C- 263/18, *Nederlands Uitgeversverbond et al. y Tom Kabinet Internet BV et al.*

<sup>586</sup> Apartados nº 44 y 45 de la STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Uitgeversverbond et al. y Tom Kabinet Internet BV et al.*, anteriormente citada.

<sup>587</sup> Apartados nº 54 y 55 STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Uitgeversverbond et al. y Tom Kabinet Internet BV et al.*, anteriormente citada.

<sup>588</sup> STJUE de 3 de julio de 2012, *UsedSoft GmbH y Oracle International Corp.*, anteriormente citada.

<sup>589</sup> Apartado nº 58 STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Uitgeversverbond et al. y Tom Kabinet Internet BV et al.*, anteriormente citada.

pueda ya ser utilizada por él<sup>590</sup>. En todo caso, y dado que la puesta a disposición de un libro electrónico va acompañada de una licencia de uso que únicamente autoriza su lectura por el usuario que haya descargado el libro electrónico en cuestión, desde su propio equipo, el TJUE considera que la comunicación efectuada por *Tom Kabinet* se hace a un público nuevo<sup>591</sup>. En consecuencia, el TJUE concluye afirmando que el suministro al público mediante descarga de un libro electrónico para su uso permanente está comprendido dentro del concepto de “comunicación al público” en su modalidad de “puesta a disposición del público”, razón por la cual no le es aplicable el principio de agotamiento, ya que éste queda reservado al derecho de distribución.

**271.** En todo caso, la manera en que aparecen redactadas las condiciones de uso que acompañan el suministro del contenido digital muestran claramente su propósito de tratar excluir la aplicación del agotamiento del derecho de distribución, ya que establecen que lo único que se adquiere, por medio de las mismas, es un derecho de uso de carácter personal, y no un derecho de propiedad<sup>592</sup>. No es casualidad que el servicio *Apple* se abstenga de calificar la operación que une la plataforma con el cliente, empleando el término neutro de “transacción”<sup>593</sup>. Este hecho tiene una incidencia que va más allá de la imposibilidad de revender un archivo digital en el mercado de ocasión, y supone la prohibición de realizar cualquier otro acto de disposición sobre los bienes adquiridos en línea como donarlos, legarlos o dejarlos en herencia<sup>594</sup>. Este dato es importante, pues si bien subsiste un cierto interés por parte de ciertos usuarios por

---

<sup>590</sup> Apartado nº 69 STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Uitgeversverbond et al. y Tom Kabinet Internet BV et al.*, anteriormente citada.

<sup>591</sup> Apartado nº 71 STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Uitgeversverbond et al. y Tom Kabinet Internet BV et al.*, anteriormente citada.

<sup>592</sup> “Por cada Transacción, Ud. adquiere una licencia exclusivamente para utilizar el Contenido” (extracto de las condiciones generales de uso del contenido *Apple*); “Ud. adquiere a través de *Apple Distribution International*, una licencia para usar el Contenido, pero el Contenido es cedido bajo licencia por el Editor” (extracto de las condiciones adicionales del servicio *iBooks Store* de *Apple*); “Salvo indicación en contrario, el Contenido *Kindle* será utilizado por el usuario en virtud de licencia otorgada por el Proveedor de Contenidos, sin que en ningún momento se produzca la transmisión de título alguno de propiedad de dicho contenido a favor del usuario” (extracto de las condiciones del contenido *Kindle* de Amazon). Ver, sin embargo, la STJUE de 3 de julio de 2012, *UsedSoft GmbH y Oracle International Corp.* anteriormente citada, que considera que la descarga de la copia de un programa de ordenador, junto con la celebración del correspondiente contrato de licencia de uso, a cambio de un precio, otorgan al cliente un derecho de uso de esa copia por una duración ilimitada. El TJUE considera que estas operaciones implican la transferencia del derecho de propiedad de la copia del programa de ordenador en cuestión (apartado nº 46). En consecuencia, la transferencia por el titular de los derechos de autor de una copia de un programa de ordenador a un cliente, acompañada de la celebración entre las partes de un contrato de licencia de uso constituye una “primera venta”.

<sup>593</sup> “Por cada Transacción, Ud. adquiere una licencia exclusivamente para utilizar el Contenido” (extracto de las condiciones generales de uso del servicio *Apple*).

<sup>594</sup> J. GROFFE, “La mort numérique”, *D.* 2015, p. 1609: afirma que los bienes digitales parecen estar intrínsecamente unidos a la persona del difunto, de manera que son difícilmente accesibles al heredero.

adquirir copias permanentes, las posibilidades de transmitir la propiedad de dicho patrimonio digital<sup>595</sup> a terceros parecen ser muy limitadas. Como afirma J. GROFFE<sup>596</sup>, “los derechos acordados sobre estos bienes inmateriales son simples licencias de utilización personal. Dicho de otro modo, el internauta es el único titular del derecho de utilización de la obra, y este derecho de utilización se extingue con la “muerte física”, de manera que los herederos no tienen ninguna vocación sucesoria con respecto a estos bienes desmaterializados, a menos que se plantee la extensión de la utilización personal al círculo de familia, pues este hecho es ya conocido en derecho de autor... En efecto, siguiendo, por ejemplo, las condiciones generales de uso de *iTunes*, “los productos *iTunes* sólo son concedidos en forma de licencia”: por tanto, no es posible cederlos [...], alquilarlos o [...], transmitirlos por causa de muerte. De la misma manera, *Amazon* e incluso, la *Fnac* no autorizan la transferencia de las cuentas y de los contenidos desmaterializados adquiridos en línea”. La misma autora concluye afirmando que la adquisición de un soporte de la obra otorga un derecho real, mientras que la concesión de una licencia sólo conlleva un derecho personal<sup>597</sup>.

**272.** De lo afirmado anteriormente se desprende que las licencias de uso, junto con las medidas tecnológicas de protección, otorgan al titular de derechos un poder inédito que se extiende a ciertos actos en teoría cubiertos por una excepción al monopolio de explotación. Conviene así analizar si tal extensión es conforme a la Directiva de 2001/29/CE.

## ***2. La confirmación de la extensión del derecho exclusivo de explotación en la Directiva 2001/29/CE***

**273.** Las licencias de uso y las medidas tecnológicas de protección aparecen como un elemento indispensable de la distribución de contenido digital. Sin embargo, el poder que otorgan a los titulares de derechos es tal que son susceptibles de poner en entredicho el ejercicio efectivo de ciertas excepciones o limitaciones al derecho de autor. En efecto, ambas herramientas no sólo permiten controlar actos que claramente

---

<sup>595</sup> Nos referimos aquí a un patrimonio formado por un conjunto de “archivos” que contienen obras protegidas por el derecho de autor, como por ejemplo una biblioteca o una fonoteca enteramente digital (por ejemplo, una biblioteca *iTunes*).

<sup>596</sup> J. GROFFE, “La mort numérique”, *op. cit.*, p. 1609.

<sup>597</sup> J. GROFFE, “La mort numérique”, *op. cit.*, p. 1609.

infringen el derecho exclusivo, sino también ciertos usos que se encuentran, en principio, autorizados por la legislación. La conjunción de medidas tecnológicas y contratos altera así el equilibrio establecido por el legislador, y conduce a una redefinición o determinación discrecional de los contornos del derecho exclusivo de explotación establecidos en la Ley<sup>598</sup>. Se apunta así a un riesgo de “sobreprotección” o *surréservation* de la obra en el entorno digital<sup>599</sup>. Por un lado, todo uso del ejemplar que no se encuentre expresamente permitido por la licencia constituye un incumplimiento del contrato<sup>600</sup>. La elusión de las medidas tecnológicas que refuerzan y hacen efectivas las restricciones de uso establecidas en la licencia de uso comporta,

<sup>598</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 896: “La tecnología, cuando se pone al servicio de la libertad contractual, permite al titular de derechos dibujar los contornos de la protección a la que aspira, sin preocuparse de la definición legal de sus “prerrogativas”; C. COLIN, *Droit d’utilisation des œuvres*, Larcier, Bruxelles, 2012, n° 443, p. 299: “Gracias a las medidas tecnológicas de protección, el autor tiene la capacidad de reglamentar todos los actos que desee, incluso aquellos que corresponden a las excepciones (y/o límites naturales) consagrados por el legislador”; en n° 449, p. 302: “Las medidas tecnológicas de protección tienen la vocación de proteger muchos más actos de utilización de las obras que lo que permite el derecho de autor. El autor puede de esta forma liberarse de los contornos de los derechos exclusivos tradicionalmente admitidos”; y en n° 452, p. 305: “... ya no es la ley la que da origen al contenido del monopolio del autor, sino el autor mismo” (traducción propia).

<sup>599</sup> B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d’auteur*, LexisNexis, Coll. De l’IRPI, vol. 41, Paris, 2012, n° 459, p. 336.

<sup>600</sup> Vid. no obstante, STJUE (Sala Quinta) de 18 de diciembre de 2019, asunto C- 666/18, *IT Development SAS y Free Mobile SAS*. El TJUE fue interrogado acerca de si determinados incumplimientos de un contrato de licencia de *software* constituyen infracciones de derechos de autor si deben ser considerados únicamente incumplimientos contractuales. La disputa este caso surge a raíz de una demanda interpuesta por la sociedad *IT Development* contra *Free Mobile* por *contrefaçon*, tras haber modificado esta última el código fuente del programa, contrariamente a lo previsto por el contrato. Conforme al Derecho francés, en el ámbito de los derechos de autor, cuando las partes estén vinculadas por un contrato válido y el perjuicio sufrido por una de ellas resulte del incumplimiento de las obligaciones contractuales de la otra, la responsabilidad contractual prevalece sobre la extra-contractual (principio de “*non-cumul*”). Por este motivo, la demanda por *contrefaçon* fue desestimada en primera instancia, y su recurso dio lugar a una formulación de una cuestión prejudicial por la Corte de Apelación de París. Acogiéndose a su facultad de reformular las preguntas, el TJUE entiende que, en esencia, se trata de decidir “si las Directivas 2004/48 y 2009/24 deben interpretarse en el sentido de que la infracción de una cláusula de un contrato de licencia de un programa de ordenador relativa a los derechos de propiedad intelectual del titular de los derechos de autor sobre dicho programa está comprendida en el concepto de “infracción del derecho de propiedad intelectual”, en el sentido de la Directiva 2004/48, y de que, por lo tanto, el referido titular ha de poder beneficiarse de las garantías previstas en esta Directiva, independientemente del régimen de responsabilidad aplicable conforme al Derecho nacional”. Un incumplimiento del contrato de licencia puede darse de muchas formas. Pero el TJUE no quiere ir más allá de la que, en concreto, suscitó la controversia, esto es, la modificación del código fuente cuando la licencia reserva tal facultad al titular licenciante. En relación con esta cuestión, el TJUE indica que el titular del programa puede reservarse la modificación del código fuente. Así resulta de la Directiva sobre programas y este derecho no cambia porque, además, se consigne en el contrato. A la misma conclusión conduce la Directiva 2004/48. La conclusión es que: “el incumplimiento de una cláusula de un contrato de licencia de un programa de ordenador relativo a los derechos de propiedad intelectual del titular de los derechos de autor sobre dicho programa está comprendido dentro del concepto de “infracciones de los derechos de propiedad intelectual”, en el sentido de la Directiva 2004/48, por lo que el referido titular debe poder disfrutar de las garantías previstas en esa Directiva”. Subsiste, sin embargo, la duda de si esta solución puede aplicarse a toda violación de una licencia de uso, inclusive cuando ésta vaya más allá de lo establecido en la Ley (por ejemplo, cuando el objeto de una cláusula contractual tenga como efecto excluir el ejercicio de una excepción prevista por la Ley).

asimismo, importantes sanciones penales<sup>601</sup>. Algún sector doctrinal habla, en este sentido, del paso a un *private ordering*<sup>602</sup> o “privatización” del Derecho de autor”. El origen de este tipo de protección se sitúa en la comercialización de bases de datos electrónicas y programas de ordenador, y se ha generalizado en la distribución en la distribución digital<sup>603</sup>.

**274.** Si de un lado, ciertas excepciones, en el entorno digital han supuesto una nocividad hasta ahora insospechada, hasta el punto de representar una amenaza para la eficiencia de los derechos exclusivos, de otro lado, los titulares de derechos se han dotado de posibilidades radicalmente nuevas de controlar el uso de sus obras a través del contrato y de la técnica.

**275.** La presencia de medidas tecnológicas destinadas a impedir ciertos usos del ejemplar por parte del adquirente constituye una de las manifestaciones del antagonismo que caracteriza la relación actual entre los titulares de derechos y el público<sup>604</sup>. El consumidor reclama un dominio lo más extenso posible sobre el bien adquirido, mientras que los titulares de derechos tratan de controlar de la forma más amplia posible el uso de los contenidos comunicados. La presencia de dichos dispositivos tecnológicos de protección puede impedir o comprometer el uso esperado del soporte, en cuanto éstos pueden, por ejemplo, limitar la capacidad de lectura del ejemplar en determinados dispositivos<sup>605</sup>, así como restringir o eliminar las posibilidades de copia. Esta percepción negativa por parte de los consumidores acerca del empleo de tales

---

<sup>601</sup> *Vid. infra*, nº 301 y s.

<sup>602</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique...*, *op. cit.*, nº 269 y s., p. 207 y s. Con esta expresión, la autora se refiere a la evolución de un derecho de autor cuyos contornos aparecen fijados en la Ley, a un derecho de autor cuyos contornos son establecidos discrecionalmente por los titulares de derechos mediante el recurso a las medidas tecnológicas de protección y al contrario.

<sup>603</sup> Los primeros signos de la contractualización de las excepciones aparecen con la protección de los programas de ordenador por el derecho de autor. La explicación reside en el hecho de que, en materia de programas de ordenador el interés de la explotación no se limita a la difusión del programa entre el público, sino que comprende también control de su utilización por el usuario final. El objetivo es impedir una utilización colectiva del programa de ordenador que su formato digital facilita. En este sentido, S. DUSOLLIER, “La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives”, *Propri. intell.* nº 25, octubre 2007, p. 443-452, p. 444.

<sup>604</sup> Th. MAILLARD, “Le monopole malmené ...”, *loc. cit.*, p. 71: “... pasamos de una relación armoniosa del autor con su público a una relación de fuerza: el registro de las medidas tecnológicas es, fundamentalmente, el de la desconfianza, por no decir violencia. Inclusive con respecto al usuario honesto”.

<sup>605</sup> Por ejemplo, en las radios de los automóviles o en ciertos ordenadores. *Vid.* también en cuanto a la interoperabilidad del contenido digital: *Rapport de la Mission sur l'interopérabilité des contenus numériques*, CSPLA, Avril 2017.



dispositivos tecnológicos<sup>606</sup> ha dado lugar a una abundante jurisprudencia en Francia en la que el propio derecho del Derecho del consumo ha sido invocado en contra del derecho de autor<sup>607</sup>. Apoyadas por las asociaciones de consumidores, estas demandas se han fundamentado en el deber de información sobre las características esenciales del producto, establecido en el art. L. 111-1 del *Code de la consommation*<sup>608</sup>, así como en las sanciones penales que establece el mismo Código para determinadas prácticas engañosas llevadas a cabo por los profesionales<sup>609</sup>. En el mismo sentido, ha sido invocada también la garantía de vicios ocultos del art. 1641 del Código Civil francés<sup>610</sup>.

Las conclusiones que pueden extraerse de esta jurisprudencia es que, si bien el empleo de medidas tecnológicas de protección no es, en sí mismo, motivo de condena, el consumidor debe quedar debidamente informado de la existencia de restricciones de uso que las mismas conllevan, así como acerca de las utilidades prácticas del producto. Es la omisión de esta precisión la que motiva la responsabilidad del profesional, en base a

---

<sup>606</sup> LI. CABEDO SERNA, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”, in J. A. MORENO MARTÍNEZ, *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2009, p.66-118, p. 69. A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1133, p. 897: “Estos dispositivos técnicos se han vuelto rápidamente impopulares y resta impopularidad se ha reflejado en el propio derecho de autor, lo cual constituye sin duda la consecuencia más perjudicial de su puesta en marcha”.

<sup>607</sup> P. CÁMARA ÁGUILA, “Conflits entre droit d’auteur et droit de la consommation” in *Regards sur les sources du droit d’auteur*, Congreso de la ALAI, Paris, 2005, p. 529-535; A. LATREILLE, “Droit de la consommation et protections techniques: pas de deux à trois temps”, *RLDI* 2005/1, n° 45; Ph. GAUDRAT y F. SARDAIN, “Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres”, *CCE* 2004, n° 5, étude n° 12; LI. CABEDO SERNA, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”, op. cit., p. 66-118.

<sup>608</sup> CA Paris, 4° ch., sect. A, 4 avr. 2007, *Assoc. UFC Que choisir y sté Universal Pictures Video France*. La Sentencia considera que la restricción de la posibilidad de realizar copias no constituye una característica esencial del producto. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina española: LI. CABEDO SERNA, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”, op.cit., p. 105 y J.-J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Granada, 2008, p. 319.

<sup>609</sup> TGI Nanterre, 6° ch., 24 juin 2003, *Assoc. CLCV y EMI Music France*: *CCE* 2003, comm. 86, nota Ph. Stoffel-Munck; *D. affaires* 2003, somm. p. 2823, obs. Ch. Le Stanc. Decisión confirmada por CA Versailles, 30 sept. 2004, *SA EMI Music France y Assoc. CLCV*, *CCE* 2004, comm. 163, nota L. Grynbaum; *Propr. intell.* 2005, n° 61, nota A. Lucas. En base a lo dispuesto en el art. L. 213-1, 3° del *Code de la consommation* el TGI de Nanterre obliga a la sociedad EMI a mencionar de manera visible en el embalaje que el soporte no puede ser leído en todo lector o autorradio (el art. L. 213-1, 3° corresponde a una versión anterior del *Code de la consommation*. Las prácticas comerciales engañosas aparecen definidas en el actual art. L. 121-2 y sancionadas penalmente en el art. L. 132-2 del mismo Código).

<sup>610</sup> TGI Nanterre, 6° ch., 2 sept. 2003, *Françoise M. y EMI Music France et Auchan France*: *Propr. intell.* oct. 2003, n° 9, p. 389, obs. P. Sirinelli et p. 464, obs. J.-M. Bruguière et M. Vivant; *CCE* 2003, comm. 108, nota L. Grynbaum: El demandante había adquirido un CD que contenía medidas anti-copia, las cuales impedían asimismo su lectura en las radios de los automóviles. En base a la garantía de vicios ocultos establecida en el art. 1641 del Código Civil, el productor del disco, así como el hipermercado en el que se había adquirido el soporte fueron demandados. El Tribunal considera que el objeto estaba afectado por una anomalía que limitaba su uso normal.

disposiciones civiles como penales<sup>611</sup>. Este deber de información del usuario ha sido introducido en los artículos L. 331-10 y L. 336-4 del CPI francés. Sin embargo, toda demanda para reclamar el beneficio efectivo de las excepciones como un derecho del consumidor ha resultado infructuosa. Las excepciones no crean derechos subjetivos en favor de su beneficiario<sup>612</sup>, ni constituyen un derecho del consumidor, tal y como afirmó la Corte de Casación francesa en su Sentencia de 19 de junio de 2008 con respecto a la copia privada<sup>613</sup>.

**276.** Surge aquí el dilema de si se debe realmente sancionar a un usuario que elude una medida tecnológica para hacer una copia privada u otro acto autorizado por una excepción al derecho exclusivo de explotación. Ello conduce a interrogarse acerca de cuál es la naturaleza de las excepciones al derecho de autor, es decir, si son o han de ser normas dotadas de carácter imperativo o de orden público<sup>614</sup>. La Directiva 2001/29/CE establece claramente la licitud de las medidas tecnológicas que tienden a impedir o a limitar los actos no autorizados por el titular de un derecho de autor, en cuanto obliga a los Estados miembros a establecer una protección jurídica contra su levantamiento. De hecho, su considerando nº 39 establece, sin la menor ambigüedad, que las excepciones o limitaciones al derecho exclusivo no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas, ni la represión de todo acto de elusión. De ello se deduce que las medidas tecnológicas quedan protegidas en todo caso, inclusive cuando suponen un obstáculo al ejercicio de una excepción legal.

---

<sup>611</sup> G. GOMIS, “L’influence des mesures techniques sur les pratiques contractuelles”, *RLDI* supplément au nº 49, mai 2009, p. 73-77, en p. 75.

<sup>612</sup> Ll. CABEDO SERNA, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”, *op. cit.*, p. 72; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información”, *Pe.i, Revista de propiedad intelectual* nº 11, 2002, p. 60; F. CARBAJO GASCÓN, “Reproducción y copia privada en el entorno digital”, *RdNT*, no 2, 2003, p. 56; A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, nº 354, p. 356: afirma que las excepciones no otorgan derechos a sus beneficiarios y que éstas no pueden servir para denunciar la presencia de medidas tecnológicas de protección. Esta afirmación vale también para la excepción de copia privada (nº 394, p. 387).

<sup>613</sup> Cas. 1<sup>re</sup> Civ., 19 juin 2008; *RIDA* 3/2008, p. 299; *CCE* 2008, comm. 102, nota Ch. Caron: la Sentencia afirma que no existe un “derecho a” la copia privada. Al contrario, la copia privada es calificada de excepción, y como tal no puede servir más que como medio de defensa ante una demanda por infracción de los derechos de autor. Ello supone que el consumidor no puede acudir ante los tribunales para reclamar para sí un derecho a la copia privada exigiendo la desactivación de la medida tecnológica de protección que le impide, por ejemplo, copiar una película.

<sup>614</sup> C. COLIN, “La contractualisation des exceptions en droit d’auteur: oxymore ou pléonasme?”, *CCE* nº 2, Février 2010, étude 3, nº 39: “Interrogarse acerca de la naturaleza de las excepciones es una problemática reciente ligada a la incitación ambiente a la contractualización de las excepciones”.

Esta protección jurídica establecida por la Directiva es más amplia que la contenida en el Tratado WCT de la OMPI, el cual establece en su art. 11 que “las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos *o permitidos por la Ley*”. La Directiva de 2001, por su parte, define la noción de medida tecnológica en el art. 6.3 “como toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas *que no cuenten con la autorización del titular de los derechos* de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE”, omitiendo así toda referencia a los actos autorizados por la Ley. De la prohibición de todo acto que no esté expresamente permitido por la Ley, se pasa así a la prohibición de todo acto que no esté expresamente autorizado por el titular de derechos.

**277.** No obstante, el legislador europeo de 2001 fue consciente del riesgo de que la presencia de medidas tecnológicas prohibiese *de facto* el ejercicio de las excepciones legales. Sin dotarlas expresamente de un carácter imperativo<sup>615</sup>, ni considerarlas como derechos subjetivos de los usuarios<sup>616</sup>, el art. 6.4 de dicha Directiva establece una lista de excepciones cuyo ejercicio efectivo, en caso de ser reconocidas por los Estados miembros, habrá de ser garantizado. El mecanismo de garantía proviene de la necesidad de articular las medidas tecnológicas de protección con las excepciones al derecho de autor. Con ello se pretende paliar la rigidez propia de estos dispositivos, con el fin de restablecer el equilibrio fijado en la Ley entre el derecho exclusivo y las excepciones<sup>617</sup>. La presencia de esta disposición es significativa en la evolución del derecho de autor, en

---

<sup>615</sup> Es más, de las veintiuna excepciones que establece la Directiva de 2001, sólo una de ellas – la excepción de reproducción provisional – es de transposición obligatoria.

<sup>616</sup> Aunque como afirma A. LUCAS, “Sin embargo, una excepción con respecto a la cual la ley impone el ejercicio a pesar de toda medida tecnológica de protección se encuentra más cerca del derecho que de la tolerancia, a pesar de que es cierto que hay que desconfiar aquí de la “facilidad semántica” que conduce a emplear indiscriminadamente el término “derecho” para designar en realidad un “interés legítimo”. A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 395, p. 388.

<sup>617</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1172, p. 920-921.

cuanto supone una inversión del paradigma tradicional: de una garantía del monopolio de explotación se pasa a una garantía de las excepciones<sup>618</sup>.

**278.** A primera vista, el legislador europeo parece proteger al beneficiario de una excepción al derecho de autor, tratando de limitar el dominio que pueden alcanzar los titulares de derechos en el empleo de medidas tecnológicas de protección. La eficacia práctica de este dispositivo, se muestra, no obstante, muy limitada, y deviene ilusoria en el marco de la distribución de contenidos protegidos en línea.

El primer párrafo del art. 6.4 de la Directiva 2001/29/CE afirma así que “no obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas”. La primera cuestión que es necesario poner de relieve es que el mecanismo de garantía no se aplica a todas las excepciones, sino sólo a las que figuran en el art. 6.4 de la Directiva. La lista establecida por la Directiva es un *numerus clausus*, lo cual no impide que los Estados miembros incluyan, además, en sus legislaciones otras distintas<sup>619</sup>. Ello confiere a estas excepciones un carácter “privilegiado”<sup>620</sup> o “excepcional”<sup>621</sup>. De ello resulta una jerarquía de excepciones dentro de la Directiva misma. Además, siendo todas las excepciones mencionadas en dicho artículo facultativas, la obligación de respetarlas que corre a cargo de los Estados no existe más que cuando éstos las hayan transpuesto en su legislación interna.

---

<sup>618</sup> Th. MAILLARD, “Le monopole malmené: l’impact des mesures techniques de protection et d’information” *op. cit.*, p. 69-72, en p. 71.

<sup>619</sup> Fuera de esta lista, la legislación francesa aplica el mecanismo de garantía a la excepción de depósito legal.

<sup>620</sup> S. LÓPEZ MAZA, *Límites al derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, p. 124.

<sup>621</sup> A. LATREILLE, “Conditions de régulation et périmètre des exceptions”, in *L’effectivité des exceptions au droit d’auteur et droits voisins: les usages, la loi, la régulation*, *RLDI* suppl. n° 94, juin 2013, p. 6-12.

**279.** El art. 6.4 establece así un total de siete excepciones cuyo ejercicio efectivo es necesario garantizar, y que son las excepciones de: reprografía, actos de reproducción específicos realizados por las bibliotecas accesibles al público, establecimientos de enseñanza, museos o archivos; grabaciones efímeras realizadas por los organismos de radiodifusión, reproducción de emisiones realizadas por instituciones sociales sin finalidad lucrativa como prisiones y hospitales; utilizaciones con fines de ilustración en el marco de la enseñanza y de la investigación científica; usos en beneficio de las personas con discapacidad; y usos con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de los procedimientos judiciales. A ellas se añade, la de copia privada, por medio del segundo párrafo del art. 6.4. Por cuanto respeta a los derechos francés y español, las excepciones garantizadas figuran, respectivamente en los artículos L. 331-31 CPI y 197.1TRLPI.

**280.** En segundo lugar, el sistema de garantía diseñado por la Directiva tiene carácter subsidiario, puesto que da prioridad a las medidas de carácter voluntario adoptadas por los titulares de derechos. Se parte así de la premisa de que los propios titulares de derechos son los que están en mejores condiciones para restablecer el equilibrio, adoptando las medidas que hagan posible el disfrute de las excepciones garantizadas por parte de sus beneficiarios. Ello no es desacertado y, además, lo lógico es que muchos de los servicios en línea ofrezcan ciertas funcionalidades que tratan de recrear los efectos de determinadas excepciones, como es la posibilidad de realizar determinados actos de reproducción para uso privado. Además, teniendo en cuenta que las medidas tecnológicas, o más bien su exceso, han acentuado la crisis de legitimación social que atraviesa el derecho de autor, algunos sectores han optado por su abandono progresivo, como es el caso de la industria fonográfica. En ocasiones, la ausencia de este tipo de dispositivos supone un “valor añadido”, y monetizado, de algunas ofertas de contenido en línea<sup>622</sup>. No obstante, en el caso de la copia privada, el párrafo segundo del art. 6.4<sup>623</sup> de la Directiva de 2001 se limita a establecer la obligación de que los titulares

---

<sup>622</sup> Es el caso de la plataforma *Qobuz*: <https://www.qobuz.com/fr-fr/info/magazine-actualites%2Findustries%2Fqobuz-des-aujourd-hui-100-sans-drm22161>.

<sup>623</sup> Art. 6.4, 2º de la Directiva 2001/29/CE: “Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 5, a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones”. La transposición de esta disposición figura en los artículos L. 331-7 CPI y 197.4 TRLPI.

de derechos garanticen dichas reproducciones para uso privado en la medida necesaria para su disfrute, sin establecer un número mínimo de reproducciones. De ello se deduce que el mecanismo de conciliación sólo será aplicable en caso de que la limitación a la posibilidad de realizar copias privadas sea absoluta, dejando exclusivamente en manos de los titulares de derechos la determinación del número de reproducciones posibles. Son dichos titulares los que van a determinar el número de copias garantizadas, que en muchas ocasiones quedará reducido a uno<sup>624</sup>. Por las mismas razones, los titulares de derechos parecen estar autorizados a limitar la calidad de las copias.

Sólo defecto de estas medidas de carácter voluntario, entrará en juego el mecanismo de conciliación. La Directiva habla únicamente de “medidas pertinentes” para que los titulares de derechos faciliten al beneficiario de un límite los medios adecuados para poder disfrutarlo, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegida. Pero no dice cuáles son esas medidas y cómo deberían los Estados miembros implementar las previsiones anti-elusión.

**281.** La legislación española establece en el art. 197.2.1º TRLPI que, en el supuesto en que los titulares de derechos no hayan adoptado medidas voluntarias para el cumplimiento de la garantía de las excepciones, los beneficiarios de los límites podrán acudir ante la jurisdicción civil<sup>625</sup>. Sin embargo, los retrasos y el coste económico que supone todo proceso judicial, hacen que este mecanismo resulte inadecuado<sup>626</sup>, aun cuando el art. 197.2 considere legitimadas a las asociaciones de consumidores y usuarios para entablar el proceso cuando los beneficiarios de las limitaciones sean éstos.

**282.** Estos son los motivos por los que en Francia se ha optado por el diseño de una solución extrajudicial para resolver el conflicto entre la presencia de medidas tecnológicas y el ejercicio efectivo de las excepciones legales. El mecanismo de garantía ha sido atribuido a una autoridad administrativa. Las funciones de la inicial

---

<sup>624</sup> LI. CABEDO SERNA, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”, *op. cit.*, p. 91-92.

<sup>625</sup> Serán los Juzgados de lo Mercantil, en virtud del art. 86 ter. 2.a) LOPJ quienes resuelvan los conflictos que puedan surgir en relación a este tema.

<sup>626</sup> LI. CABEDO SERNA, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”, *op. cit.*, p. 95: “Esta solución ha sido criticada por la doctrina española ya que la considera poco útil debido a los costes que va a suponer acudir a un proceso y a la lentitud que normalmente se atribuye a los órganos jurisdiccionales a la hora de adoptar una resolución. Se considera además que se trata de una solución que no va a incentivar a los titulares a introducir voluntariamente medios que permitan el ejercicio de la excepción”.

ARMT fueron absorbidas por la HADOPI en el momento de su creación. El mecanismo, establecido en el art. L. 331-35 CPI supone que, en un primer momento, la *Haute Autorité* promoverá una solución conciliadora. Una vez transcurrido un plazo de dos meses, y en caso de que las partes no hayan llegado a una solución, la HADOPI adoptará una decisión motivada en la cual, en su caso, podrá prescribir las medidas apropiadas para asegurar el beneficio efectivo de la excepción.

El balance de la aplicación de este mecanismo, diseñado para ofrecer un sistema más accesible, rápido y flexible que el recurso a la vía judicial, muestra que en la práctica ha sido muy poco empleado. La interposición del recurso sigue siendo algo dificultoso para un particular, si bien el legislador partía del supuesto de que la mayoría de los recursos emanarían esencialmente de las asociaciones de consumidores. La primera vez que se interpuso un recurso ante la HADOPI relativo a la efectividad de la excepción en beneficio de los discapacitados en base al art. L. 331-4 fue en el año 2016, y dicho recurso se saldó con una solución conciliadora<sup>627</sup>. Por estos motivos, en 2009 se introdujo una segunda vía en la que la HADOPI podía ser solicitada para emitir un informe, en base al art. L. 331-36 CPI. A día de hoy, sólo contamos con dos dictámenes de la HADOPI, emitidos en 2013<sup>628</sup> y 2014<sup>629</sup>, respectivamente.

**283.** En todo caso, en su párrafo 4º, el art. 6.4 de la Directiva establece que “lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido”<sup>630</sup>. En consecuencia, las excepciones no

---

<sup>627</sup> “Communiqué de l’HADOPI”, 25 de febrero de 2016.

<sup>628</sup> En el primero de esos informes, emitido en 2013, la Biblioteca Nacional de Francia solicitó a la HADOPI que se pronunciara sobre la presencia de medidas tecnológicas de protección en las obras que son objeto de un depósito legal. La BnF consideraba que algunas de estas medidas le impedirían cumplir con su misión a largo plazo. La *Haute Autorité* afirma que es necesario permitir que la BnF disponga, a título del depósito legal, de una versión de esos documentos digitales no protegida por las medidas tecnológicas, acompañándola si ello fuera necesario de las garantías que impiden la diseminación de las versiones no protegidas de los documentos digitales conservados por la biblioteca.

<sup>629</sup> El segundo informe, emitido en 2014, versaba sobre la copia privada de programas de televisión en los discos duros de los descodificadores proporcionados por los operadores de televisión por satélite o ADSL. En él reconoce a los telespectadores la posibilidad de realizar para su uso privado copias digitales interoperables y conservables, incluyendo los casos de cambio de material o de distribuidor de servicios de televisión. La HADOPI añade, no obstante, que las restricciones aportadas a esta facultad a la demanda de los titulares de derechos son legales siempre que tengan como objetivo conciliar la compatibilidad de la copia privada con las exigencias establecidas por la regla de los tres pasos. Los titulares de derechos que temen ver copias “perfectas” difundidas a terceros sin su autorización pueden, en principio, oponerse a la copia privada.

<sup>630</sup> Esta disposición ha sido transpuesta en los artículos L. 331-8 del CPI francés y 197.5 TRLPI.

quedan garantizadas en todas las circunstancias, puesto que la Directiva excluye de lleno de dicho mecanismo los servicios interactivos a la demanda, lo cual incluye tanto los servicios que permiten descargar el contenido, como aquellos que lo ofertan en *streaming*. El considerando nº 53<sup>631</sup> de la Directiva indica que esta disposición está destinada a garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la carta. Para las obras puestas a disposición de manera que el destinatario pueda elegir el momento y el lugar en que accede, la Directiva permite que las medidas tecnológicas prosperen libremente<sup>632</sup>. La exclusión tiene una cierta envergadura<sup>633</sup>, en cuanto priva al dispositivo legal de una gran parte de su alcance. En consecuencia, ello demuestra que la propia directiva se inscribe dentro de esta tendencia a la “privatización” del derecho de autor, a pesar de que ya el propio mecanismo de garantía de las excepciones reservaba una parte importante al contrato<sup>634</sup>. También corrobora la tesis de que no existe un “derecho a las excepciones”<sup>635</sup>. En consecuencia, las excepciones, aun garantizadas, no escapan al juego del ejercicio de la libertad contractual. Ello permite la confirmación de que la tecnología y el contrato permiten al titular de derechos ir más allá de los contornos del derecho exclusivo en un principio fijados en la Ley, estableciéndose una clara diferencia entre el régimen de las obras que circulan en un entorno analógico, y aquellas comercializadas en forma digital, al menos en las modalidades interactivas. De hecho, la regulación actual de la excepción de copia privada en España excluye del ámbito de la copia privada “las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de

---

<sup>631</sup> Considerando nº 53 de la Directiva 2001/29/CE: “La protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la carta, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento que prefiera. Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales, no deben aplicarse los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6. Las formas no interactivas de servicios en línea deben seguir sometidas a dichas disposiciones”.

<sup>632</sup> Th. MAILLARD, “Le monopole malmené: l’impact des mesures techniques de protection et d’information” *op. cit.*, p. 72.

<sup>633</sup> S. DUSOLLIER (S.), *Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique...*, *op. cit.*, nº 222.

<sup>634</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, nº 1179, p. 927.

<sup>635</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, nº 1181, p. 929: “... no podría reconocérsele al consumidor el derecho de oponerse al principio mismo de esta regulación contractual de las excepciones que es [...] legitimada por la propia Directiva”.



precio, la reproducción de la obra”<sup>636</sup>. Ambas herramientas – contrato y medidas tecnológicas – otorgan así a los titulares de derechos un dominio absoluto, que les permite ejercer el monopolio de explotación en toda su plenitud. Algunos autores se preguntan qué papel le queda al derecho de autor en este ámbito, en cuanto son herramientas externas al mismo las que permiten el ejercicio óptimo del derecho exclusivo y recuperar, o hasta reforzar, el equilibrio perdido a raíz de la desaparición del soporte material. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Ryanair*<sup>637</sup> ha confirmado este poder del contrato, permitiéndole incluso proteger con más fuerza aquello que el derecho de autor no protege.

**284.** Es un hecho cierto que el equilibrio fijado en la Ley, pensado para un entorno fuera de línea, puede no resultar óptimo en línea. La existencia de restricciones para impedir la reproductibilidad y la propagación del ejemplar en las redes parecen encontrar aquí toda su justificación. Hay que tener en cuenta, además, que el control de los actos de reproducción realizados por los particulares fue excluido del control de los titulares de derechos por razones prácticas. La excepción de copia pierde así una gran parte de su justificación en un entorno en que dicho control es posible a un coste razonable, y sin realizar una intromisión en la esfera privada del individuo que podría comprometer el respeto de ciertos derechos fundamentales como puede ser el derecho a la intimidad. Sin embargo, también es cierto que el sistema actual permite un dominio tan absoluto por parte del titular de derechos que podría llegar a extremos como el de prohibir, por medio del contrato, que su obra sea parodiada, citada, o utilizada en un contexto académico. Ello supone que la puesta a disposición de una obra en línea, en tanto en cuanto venga acompañada de una licencia de uso, podría desembocar en un derecho potencialmente carente de excepciones.

No todas las excepciones obedecen a los mismos fundamentos, ni pueden comprometer de igual manera la explotación normal de la obra en el entorno digital. La finalidad de interés general que subyace detrás de determinadas excepciones puede

---

<sup>636</sup> Art. 31.3 a) TRLPI

<sup>637</sup> STJUE de 15 de enero de 2015, asunto C-30/14, *Ryanair y PR Aviation BV, RLDI* nº 113, mars 2015, p. 8-11, C. Castets-Renard, *Propr. intell.* nº 58, janvier 2016, p. 96-97, M. Vivant: el TJUE admite la limitación contractual de los derechos de los usuarios de las bases de datos que no se encuentran protegidas por el derecho de autor ni el derecho *sui generis*. El resultado es un poder más extendido que en los casos en que se aplican las disposiciones del Derecho de autor. Si la base de datos hubiera estado protegida por el derecho de autor o el derecho *sui generis*, hubiera sido imposible introducir estas limitaciones por contrato. Pero dado que la base de datos no se encuentra protegida, es posible limitar su uso.

verse gravemente comprometida si se deja que prospere este dominio absoluto de los titulares de derechos. A modo de ejemplo, podemos citar la excepción que permite a las bibliotecas y otras instituciones dedicadas a la conservación de patrimonio la realización de ciertos actos de reproducción de manera que puedan asegurar la perennidad y la conservación de sus fondos a largo plazo, y que figura entre las excepciones a las que es aplicable el mecanismo de garantía. Un archivo digital no está a salvo de verse dañado, o de que su formato quede tecnológicamente obsoleto, de manera que la prohibición de tales reproducciones en las licencias de uso pone en entredicho las funciones de conservación de tales instituciones. A ello hay que añadir que las ofertas de acceso mediante suscripción chocan frontalmente con toda idea de perennidad o conservación, en cuanto no permiten la realización de una copia duradera. En el estado actual de las cosas, una biblioteca que quiera asegurar la conservación de sus fondos, se verá obligada a seguir adquiriendo las revistas y libros en formato papel, pues la sola suscripción a la base de datos no le permitiría conservar una copia de los ejemplares a los que ha tenido acceso durante la vigencia de la suscripción, en caso de que se vea obligada a rescindir el contrato de licencia o que el editor desaparezca; y la adquisición de estos ejemplares en formato electrónico tampoco asegura esta conservación en caso de obsolescencia del formato o deterioro del archivo digital.

**285.** Esta situación se debe, en gran parte, a que la adopción de las excepciones en el seno de la Directiva de 2001 fue un tema especialmente polémico, siendo difícil lograr un acuerdo unánime entre los diferentes Estados miembros. De ahí que sólo una de las excepciones fuese obligatoria, y todas las demás facultativas. Desde su promulgación, han surgido además, nuevos usos, sin que el equilibrio establecido por el legislador en 2001 haya sido revisado hasta la reciente adopción de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado únicodigital*<sup>638</sup>. En esta nueva Directiva es posible apreciar una cierta reacción contra la extensión desmesurada de las prerrogativas de los titulares de derechos. En primer lugar, la Directiva incluye cuatro nuevas excepciones obligatorias para determinados usos digitales de las obras<sup>639</sup>, y que, por lo tanto, son de obligada transposición en cada uno de los Estados Miembros. Por

---

<sup>638</sup> Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*.

<sup>639</sup> Son las excepciones de “minería de textos y datos” (arts. 3 y 4), “utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas” (art. 5) y “conservación del patrimonio cultural” (art. 6).

otra parte, el artículo 7.1 de la Directiva 2019/790 establece una cláusula de salvaguarda de las excepciones frente al poder de los titulares de derechos como medio para restablecer un posible desequilibrio creado por la fuerza del contrato. En virtud de la misma “será inaplicable toda disposición contractual contraria a las excepciones establecidas en los artículos 3, 5 y 6.

**286.** Esta disposición parece marcar el inicio de una nueva tendencia conforme a la cual, siguiendo el modelo ya establecido para los programas de ordenador y las bases de datos, las excepciones, o al menos algunas de ellas, quedarían dotadas de carácter imperativo, poniendo freno a la privatización del derecho de autor que el contrato y las medidas tecnológicas de protección han hecho posible<sup>640</sup>. A pesar este carácter imperativo o de orden público, las excepciones al derecho de autor se acompañan de un nuevo requisito que es la existencia de un acceso lícito a la obra. El control de acceso funciona así como condición de ejercicio de las excepciones al derecho exclusivo.

## **§ 2. El control del acceso como condición de ejercicio de las excepciones**

**287.** Otra de las cuestiones que han surgido a propósito de las excepciones al derecho de autor en el entorno digital es si el ejercicio de las mismas se encuentra abierto al público en general o, por el contrario, queda reservado a aquellos que pueden demostrar que han adquirido legalmente un ejemplar de la obra. Puesto que, en el ámbito de la tecnología digital, el titular de derechos dispone de la capacidad para controlar quién tiene acceso a la obra, parece lógico que el alcance del uso de la misma, permitido por una excepción al derecho de autor, quede limitado a las personas que hayan pasado con éxito este primer control. Ello supone, no obstante, añadir un nuevo parámetro al ejercicio de las excepciones cuyo efecto es el de reducir o restringir su ámbito de aplicación. La exigencia tiende a generalizarse como mecanismo para asegurar un correcto equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los

---

<sup>640</sup> Las presiones son fuertes en este sentido. *Vid.* en especial el Proyecto de informe *sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (2014/2256(INI)), de 15 de enero de 2015, Comisión de Asuntos Jurídicos, Ponente de opinión: Julia Reda.

beneficiarios de tales excepciones (A), por lo que conviene analizar qué se entiende por “acceso lícito” a la obra (B).

#### **A. La generalización del acceso lícito como condición para el disfrute de las excepciones.**

**288.** En un principio ligada al ejercicio de las excepciones sobre determinados objetos digitales como los programas de ordenador o las bases de datos, la exigencia de un acceso lícito a la obra parece llamada a extenderse a la totalidad de las obras y excepciones en el contexto de la tecnología digital. Esta nueva condición figura en los textos legales bajo diferentes expresiones. Según los casos, la legitimidad o legalidad puede hacer referencia al usuario<sup>641</sup>, al acceso<sup>642</sup>, a la fuente<sup>643</sup>; oa la utilización de la obra<sup>644</sup>. Se habla así de “usuario legítimo”, de “acceso legal”, y de “fuente” o “utilización” lícitas. Todas ellas obedecen a una lógica común: la protección de la comercialización del ejemplar, de manera que sólo una vez que éste hayasido adquirido por los cauces legales, quede autorizado el uso permitido por la excepción. El control del acceso se convierte así en un requisito previo para autorizar un acto o un uso de la obra permitido por la Ley.

**289.** La Directiva de 14 de mayo de 1991 sobre los programas de ordenador fue la primera norma que mencionó este presupuesto para poder disfrutar de una excepción. Las diferentes excepciones a los actos sujetos a restriccionesrelativos a estos programas se reconocen únicamente en beneficio del “usuario” o “adquirente legítimo”, o de la

---

<sup>641</sup> Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 *sobre la protección jurídica de programas de ordenador*: art. 5 (excepciones a los actos sujetos a restricciones): “adquirente legítimo” (art. 5.1); “persona con derecho a utilizar el programa” (art. 5.2); “usuario legítimo” (art. 5.3); Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 *sobre la protección jurídica de las bases de datos*: art. 6 (excepciones a los actos sujetos a restricción): “usuario legítimo”.

<sup>642</sup> El artículo 6.4 de la Directiva 2001/29/CE establece un mecanismo de garantía de la efectividad de ciertas excepciones “siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas”; el art. 3 de la Directiva 2019/790 establece una excepción para las reproducciones y extracciones realizadas por organismos de investigación con el fin de proceder a la minería de textos y datos de obras u otras prestaciones “a las que tengan acceso lícito” con fines de investigación científica; el artículo. 31.2 b) TRLPI, por su parte, habla de “fuente lícita”.

<sup>643</sup> Arts. L. 122-5, 2º CPI (excepción de copia privada), art. 31.2 b) TRLPI (límite de copia privada); art. L. 122-5, 10º CPI (excepción de *text and data mining*).

<sup>644</sup> Art. 5.1 b) de la Directiva 2001/29/CE, con respecto a los actos de reproducción provisional, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y cuya única finalidad consista en facilitar una “utilización lícita”.

“persona con derecho a utilizar el programa”. La misma tendencia sigue la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos<sup>645</sup>. La particularidad ambos tipos de obras, objetos digitales por naturaleza, radica en el hecho de que la mera posibilidad de acceder y de utilizarlos conforme a su función implica una serie de reproducciones en el terminal del usuario. Con el fin de no entorpecer el uso normal de los mismos, algunas de dichas reproducciones quedan permitidas por el juego de una excepción legal. Sin embargo, sólo aquellos que hayan adquirido legalmente el programa de ordenador o suscrito una licencia que les permita acceder y utilizar la base de datos podrán beneficiarse del ejercicio de las excepciones establecidas en la Ley. La legitimidad del usuario se adquiere, en consecuencia, mediante el acto de acceso. Su finalidad consiste en excluir del uso de la obra a quienes no reúnan las condiciones exigidas por el titular de derechos.

**290.** La primera extensión de esta lógica, tomada de las Directivas sobre la protección jurídica de los programas de ordenador y de las bases de datos, se encuentra en la Directiva 2001/29/CE *sobre los relativos a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*. Ello no es de extrañar teniendo en cuenta que misma incluye, en su artículo 2º, una definición amplia del derecho de reproducción, equivalente a la mera “fijación”. Por ello, y con el fin de no entorpecer las comunicaciones digitales, su artículo 5 ha previsto una excepción para ciertas reproducciones provisionales realizadas en el proceso de transmisión de una obra en línea. Entre sus condiciones, se exige que dichos actos de reproducción provisional tengan como finalidad única la de facilitar una “utilización lícita”. Ello equivale a impedir que una difusión no autorizada por el titular de derechos pueda quedar comprendida en el ámbito de la excepción. Los operadores de *proxy* o *caching*<sup>646</sup> no

---

<sup>645</sup> Art. 6.1 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 *sobre la protección jurídica de las bases de datos*: confiere al usuario legítimo la posibilidad de efectuar todos los actos necesarios para el acceso al contenido de la base y su uso normal. Una excepción al derecho *sui generis* aparece mencionada en el art. 8.1: el usuario legítimo podrá extraer y reutilizar las partes no substanciales de la base.

<sup>646</sup> Un *proxy*, o servidor *proxy*, en una red informática, es un servidor que hace de intermediario en las peticiones de recursos que realiza un cliente a otro servidor. Esta situación de intermediación le permite ofrecer diversas funcionalidades: control de acceso, registro del tráfico, restricción a determinados tipos de tráfico, mejora de rendimiento, anonimato de la comunicación, *caché web*, etc. Por su parte, la actividad de *caching* o *caché web* hace referencia a una memoria que almacena documentos web (páginas, imágenes, etc.) para reducir el ancho de banda consumido, la carga de los servidores y el retardo en la descarga. Un *caché web* almacena copias de los documentos que pasan por él, de forma que la respuesta a las peticiones subsiguientes pueden ser tratada por el propio *caché*, si se cumplen ciertas condiciones.

podrán, por tanto, prevalerse del juego de la excepción cuando la difusión no haya sido autorizada por los titulares de derechos<sup>647</sup>, como tampoco lo podrá hacer aquel que accede a un contenido ilícitamente puesto en línea, al menos lo haga “de manera deliberada y con conocimiento de causa a una oferta gratuita y no autorizada de obras protegidas”<sup>648</sup>.

**291.** A esta filosofíaobedece también la introducción del requisito de la “fuente lícita” o “acceso lícito” para el ejercicio de la excepción de copia privada. Con la proliferación de las descargas ilegales en Internet, era necesario establecer un criterio que impidiese amparar dentro de dicha excepción la conducta de los internautas que acceden ilegalmente a las obras protegidas en línea. La solución ha consistido en establecer que la cualidad del ejemplar a partir del que se realiza la copia condiciona la licitud o ilicitud de la reproducción, así como del acceso a la misma, de manera que no pueden considerarse como privadas las copias obtenidas por medio de las descargas ilegales de los ejemplares que circulan en Internet sin la autorización del titular de derechos. Dicho de otro modo, la copia privada no puede ser realizada a partir de un ejemplar que resulte de una infracción de derechos.

Ausente en la Directiva de 2001, la condición ha sido añadida en algunas legislaciones nacionales<sup>649</sup>, y reconocida como conforme al Derecho de la Unión Europea por el TJUE en su Sentencia *ACI Adam*<sup>650</sup>. Recordando que las excepciones deben ser interpretadas restrictivamente<sup>651</sup>, el TJUE deduce del considerando nº 22 de la Directiva que el objetivo de un apoyo eficaz a la difusión de la cultura no podrá alcanzarse si no se protegen rigurosamente los derechos o si no se combaten las formas ilegales de comercialización de las obras culturales falsificadas o piratas<sup>652</sup>. Además, considera que admitir que las reproducciones realizadas a partir de una fuente ilícita quedasen

---

<sup>647</sup> Ello siempre y cuando no tengan conocimiento de la ilicitud de la información transmitida, pues estos operadores gozan de una exención de responsabilidad específica prevista en el artículo 13 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico.

<sup>648</sup> STJUE, de 26 de abril de 2017, *Stichting Brein y Jack Frederik Wullems*, anteriormente citada.

<sup>649</sup> La exigencia de la licitud de la fuente o acceso lícito fue introducida en España por la Ley 23/2006, de 7 de julio, *por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*. La incorporación al derecho francés se produjo mediante la reforma de 2011, en virtud de la cual el art. L. 122-5 exige ahora que la copia sea realizada a partir de una fuente lícita (“à partir d’une source licite”).

<sup>650</sup> STJUE de 10 de abril de 2014 (Sala Cuarta), asunto C-435/12, *ACI Adam y Stichting de Thuiskopie, D.* 2014, p. 926; *ibid.* p. 2078, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2014. 603, obs. F. Pollaud-Dulian.

<sup>651</sup> Algunos autores consideran que esta condición puede deducirse del principio de interpretación estricta de las excepciones. En este sentido, CARON (Ch.) y GAUBIAC (Y.), “L’échange d’œuvres sur l’Internet ou le P2P”, in *Mélanges Victor Nabhan*: Les Cah. propr. intell., Hors série, Montréal, éd. Yvon Blais, 2005, p. 32.

<sup>652</sup> Apartado nº 36 STJUE de 10 de abril de 2014, *ACI Adam*, anteriormente citada.

comprendidas dentro del ámbito de la copia privada sería contrario a la regla de los tres pasos establecida en el art. 5.5 de la mencionada Directiva<sup>653</sup>. Esta sentencia marca el principio de una generalización de la condición por parte de la jurisprudencia del TJUE, ya que su razonamiento se reproducirá posteriormente en las Sentencias *Reprobel*<sup>654</sup> con respecto a la excepción de reprografía establecida en el art. 5.2 a), y *Vereniging Openbare Bibliotheken*, con respecto a los ejemplares electrónicos que pueden ser objeto de préstamo por las bibliotecas<sup>655</sup>.

**292.** Es, no obstante, posible apreciar ya esta generalización de la condición en el seno de la Directiva de 2001. El art. 6.4 establece el mecanismo de conciliación entre las medidas tecnológicas de protección y las excepciones reconocidas en la Ley<sup>656</sup>. Sin embargo, esta solución sólo es aplicable cuando el beneficiario “tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas”. La excepción reconoce la libertad de realizar un determinado uso, hasta el punto de que el Derecho introduce un mecanismo para garantizar su ejercicio efectivo ante la presencia de una medida tecnológica de protección. No obstante, si algo se confirma mediante la existencia de este mecanismo de conciliación es que la necesidad o la voluntad de realizar un uso cubierto por una excepción no puede servir de pretexto para exigir la desactivación de las restricciones de acceso. Por los mismos motivos, tampoco faculta a sus beneficiarios para vulnerar las restricciones de acceso, acto que será considerado, en todo caso, como una infracción de los derechos de autor. En consecuencia, no existe excepción para el acto de acceso como tal, lo cual permite a los titulares de derechos mantener su control, incluso cuando el uso posterior sea libre. Dicho de otro modo, la garantía de las excepciones no lleva consigo la garantía del acceso. La utilización permitida por el juego de una excepción será libre y, en su caso, gratuita, pero no el acceso a la obra fuente. De esta forma, el acceso sigue comprendido en el ámbito de la reserva de derechos, y su titular podrá concederlo conforme a las condiciones que considere oportunas. El mecanismo

---

<sup>653</sup> Apartados nº 38 a 40 de la STJUE de 10 de abril de 2014, *ACI Adam*, anteriormente citada.

<sup>654</sup> STJUE (Sala Cuarta) de 12 noviembre de 2015, asunto C-572/13, *Hewlett-Packard y Reprobel SCRL, Dalloz IP/IT* 2016 p.30, V.-L. Benabou; *Prop. intell.* 2016, p. 52, obs. C. Bernault. El apartado nº 63 de la Sentencia establece que “...existiría un riesgo de incoherencia en la aplicación de estas dos excepciones por los Estados miembros, en contra de la exigencia que resulta de la última frase del considerando 32 de la Directiva 2001/29, si se entendiera que la excepción de reprografía, al contrario que la excepción de copia privada, cubre las reproducciones fraudulentas”.

<sup>655</sup> STJUE de 10 de noviembre de 2016, asunto C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken y Stichting Leenrecht*, apartado nº 68: “...aceptar que una copia prestada por una biblioteca pública pudiera obtenerse de una fuente ilícita equivaldría a tolerar, si no fomentar la circulación de obras falsificadas o pirateadas [...]”.

<sup>656</sup> *Vid. supra*, nº 277 y s.

deja la oportunidad a los titulares de derechos de seguir restringiendo y monetizando el acceso, de manera que la protección de la comercialización de la obra queda garantizada<sup>657</sup>. Se confirma así la legitimidad de las restricciones de acceso a los ojos de la Directiva 2001/29/CE como mecanismo para lograr un equilibrio entre la libertad de uso permitida por la excepción y el derecho exclusivo.

**293.** En base a esta generalización progresiva, reconocida por la jurisprudencia, no es de extrañar que este nuevo requisito figure ya de manera expresa en algunas de las nuevas excepciones al derecho de autor para los usos que tienen lugar en el entorno digital. En Canadá, la excepción de *user-generated content*, incorporada por medio de la Ley de 2012, exige, al menos, que el usuario crea, en base a motivos razonables, que la obra de la que se sirve para realizar su creación no resulta de un acto de infracción de derechos. En el mismo sentido, la excepción de *Text and Data Mining* en Francia, introducida en Francia por la *Loi pour une république numérique* de 7 de octubre de 2016 en el art. L. 122-5, 10° CPI permite las copias o reproducciones digitales realizadas “a partir de una fuente lícita”, con vistas a la exploración de textos y de datos incluidos o asociados a los escritos científicos para las necesidades de la investigación pública, quedando excluida toda finalidad comercial. En términos similares, la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* introduce también una excepción para las reproducciones y extracciones realizadas por organismos de investigación con el fin de proceder a la minería de textos y datos de obras u otras prestaciones “a las que tengan acceso legítimo” con fines de investigación científica.

Esta nueva excepción para las actividades de *Text and Data Mining* ofrece una buena ilustración de la diferencia entre la libre utilización permitida por la excepción, y el acto de acceso, que sigue incluido en el ámbito de la reserva de derechos. Desde hace ya algunos años, la comunidad científica milita activamente en contra de un derecho de autor demasiado rígido, y que es percibido en este contexto como un obstáculo para el acceso al conocimiento, así como un freno a la investigación y a la innovación. En este sentido, se intenta justificar el carácter esencial de los usos de minería de datos para numerosas actividades de investigación. La Directiva 2019/790 dota a la excepción de *text and data mining* de carácter obligatorio e imperativo, siendo así necesaria su

---

<sup>657</sup> S. DUSOLLIER, “L'utilisation légitime de l'œuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur?”, *CCEn*° 11, novembre 2005, étude 38.



transposición en todos los Estados miembros y considerando como nula toda disposición contractual contraria a lo dispuesto en la Ley. Hasta aquí llega el logro de la comunidad científica en este ámbito. El titular de derechos no podrá oponerse a la reproducción de la obra o su extracción de una base de datos, pero sí podrá exigir que haya accedido legalmente a la fuente. Dicho de otro modo, la excepción no permite levantar las restricciones de acceso, aun cuando el ámbito investigador venga reclamando también, desde hace ya un tiempo, un acceso abierto a las publicaciones científicas, como premisa básica para el acceso al conocimiento y al avance de la ciencia<sup>658</sup>.

**294.** En todo caso, podemos augurar que, de seguirse esta tendencia a la introducción de excepciones imperativas a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior<sup>659</sup>, la exigencia de un acceso legal se impondrá a todas las excepciones, como único medio para permitir a los titulares de derechos garantizar la comercialización de la obra. Se confirma así la extensión del régimen jurídico ya presente en materia de programas de ordenador y bases de datos, en el cual la existencia de excepciones de carácter imperativo va inexorablemente unida a la exigencia de un usuario legítimo como beneficiario de las mismas<sup>660</sup>.

## **B. El concepto de acceso lícito**

**295.** Dado que la exigencia de un acceso legal, lícito o legítimo se generaliza, como premisa para poder realizar un acto cubierto por una excepción al derecho de autor, es legítimo preguntarse qué se entiende por dicho concepto. De lo afirmado anteriormente, es posible deducir que no podrá ser considerado como lícito el acceso a un ejemplar que resulta de una reproducción o comunicación pública no autorizada por

---

<sup>658</sup>*Vid. supra*, nº 94.

<sup>659</sup>*Vid. supra*, nº 285

<sup>660</sup> S. DUSOLLIER, “La contractualisation de l’utilisation des œuvres et l’expérience belge des exceptions impératives”, *Propri. intell.* nº 25, octubre 2007, p. 443-452, p. 445: “Es así sin sorpresa como encontramos, al lado y en los mismos textos legales, la noción de usuario legítimo y la afirmación de que las excepciones no pueden ser suprimidas por el contrato. El estatus imperativo de estas excepciones era sin duda necesario dado que los programas de ordenador y las bases de datos son mayoritariamente difundidas en el marco de una licencia. En cierta forma, el marco contractual se impone *de facto*. La obra se presta pues fácilmente al juego del contrato, por medio de licencias concluidas con los usuarios. Otra especificidad del sector informático procede del lugar amplio que ocupan en el mismo los contratos no negociados, las licencias estándar o de adhesión. De ahí la necesidad de proteger de un modo particular al usuario de este tipo de obras” (traducción propia).

el titular de derechos. Tampoco podrá ser considerado como un acceso lícito aquel que haya vulnerado las restricciones de acceso, las cuales protegen la comercialización de la obra. A estos dos parámetros se refiere la Ley española cuando exige, en relación con la copia privada, “que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación”<sup>661</sup>. Esta nueva condición pretende hacer frente a las infracciones de derechos, así como asegurar la correcta comercialización de los ejemplares<sup>662</sup>.

**296.** La condición de acceso lícito carece, no obstante, de definición legal. En sí, la legalidad del acceso puede obtenerse por diferentes vías: la conclusión de una licencia de uso, la adquisición en propiedad de un ejemplar, o la posesión legítima de éste (por ejemplo, por alquiler o préstamo). Se podrá hablar igualmente de “acceso legítimo” en ausencia de restricciones de acceso, como puede ser el caso de las obras publicadas en *open access*.

**297.** En el entorno fuera de línea, podía en principio entenderse que había habido un acceso lícito cuando el usuario que había adquirido un ejemplar por medio del préstamo bibliotecario realizaba una copia para su uso privado. En el entorno digital, esta situación parece destinada a cambiar. Por regla general, el ejemplar adquirido por medio de un préstamo digital impedirá su copia, pues sólo así podrá preservarse la comercialización de estos ejemplares. En consecuencia, puesto que la presencia de este requisito tiende a proteger o salvaguardar la comercialización de la obra, su interpretación en el contexto digital parece llamada a ser más restrictiva. Podría apuntarse a una tendencia a la exigencia de que dicho acceso lícito se entienda de una primera comercialización de la obra o servicio, de forma que sólo aquel que haya adquirido el contenido mediante una primera comercialización podrá beneficiarse del uso permitido por una excepción<sup>663</sup>. Y dado que el modelo de comercialización de los

---

<sup>661</sup>En la antigua redacción que resultó de la reforma legislativa operada por la Ley 21/2014, el art. 31.2 b) tenía una regulación más restrictiva de la noción de fuente lícita. Además de las condiciones vigentes en el texto actual se exigía que el ejemplar hubiera sido comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil (lo cual excluía la copia privada obtenida a partir de un ejemplar prestado), y se excluía de la copia privada la reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada. Esta definición restrictiva de la fuente lícita obedecía a que las copias que había que compensar fueran las mínimas, ya que entonces se encontraba vigente el sistema de compensación de la copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. *Vid. supra* nº 111 y s.

<sup>662</sup>S. DUSOLLIER, “L'utilisation légitime de l'œuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur?”, *op. cit.*

<sup>663</sup>En la STJUE de 10 de noviembre de 2016, asunto C- 174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken y Stichting Leenrecht*, una de las cuestiones planteadas al Tribunal era precisamente la de determinar si un

ejemplares en el entorno digital implica la conclusión de una licencia de uso, el beneficio de una excepción quedaría limitado al usuario autorizado por un contrato de licencia<sup>664</sup>, como ya ocurre en materia de bases de datos y programas de ordenador<sup>665</sup>. Este sistema deja absoluta determinación a los titulares de derechos de quién podrá ejercer efectivamente el uso de la excepción: o bien, por voluntad de éstos, la obra se encuentra libremente accesible en Internet; o bien es necesaria una primera comercialización, con la necesaria conclusión de la correspondiente licencia de uso.

---

Estado miembro podía someter la aplicación de la excepción de préstamo a la condición de que la copia del libro en forma digital que pone a disposición la biblioteca pública haya sido comercializada mediante una primera venta u otra forma de transmisión de la propiedad de esa copia en la Unión por el titular del derecho de distribución al público o con su consentimiento. En el apartado nº 64 de la Sentencia, el TJUE afirma que "...una condición como la que se discute en el litigio principal, según la cual, en relación con la excepción de préstamo público, los Estados miembros pueden exigir que una copia del libro en forma digital que es objeto de ese préstamo haya sido previamente comercializada por el titular del derecho o con su consentimiento, puede atenuar los riesgos señalados en el anterior apartado y mejorar por tanto la protección de los derechos de los autores cuando se aplica esa excepción. Por consiguiente, se ha de considerar que esa condición adicional se ajusta al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2006/115".

<sup>664</sup>S. DUSOLLIER, "L'utilisation légitime de l'œuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur?", *op. cit.*: "Si equiparamos el usuario legítimo con el beneficiario de un contrato de licencia, el poder del titular de derechos es total y, sin duda alguna, exorbitante".

<sup>665</sup>S. DUSOLLIER, "La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives", *Propriété intellectuelle*, nº 25, octubre 2007, p. 443-452.

## Capítulo 2: El refuerzo de las sanciones por medio del control del acceso a las obras

298. Los usos de las obras permitidos por las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la ineficacia de los mecanismos tradicionales de protección de los derechos exclusivos frente a las vulneraciones de los mismos perpetradas en las redes digitales. Algunas de las reformas legales operadas en este sentido fueron ya descritas anteriormente<sup>666</sup>, especialmente aquellas que se han plasmado en una extensión de los supuestos de responsabilidad secundaria o indirecta<sup>667</sup>.

Dichas reformas no han sido las únicas, sino que el dispositivo diseñado para hacer frente a las infracciones de derechos se ha visto enriquecido, dotándose de una serie de acciones que permiten no sólo sancionar nuevas conductas, sino también requerir la colaboración de ciertos actores cuya actividad se sitúa al margen de la infracción de derechos propiamente dicha, es decir, sin que puedan ser tenidos por responsables. Por centrarse en aquellas actividades que, de carácter periférico, permiten dar acceso a una obra protegida, C. CARON habla del origen de una “*para-contrefaçon*”<sup>668</sup>, que vendría en auxilio de los supuestos tradicionales de *contrefaçon*<sup>669</sup>. Se trata de sancionar una serie de actos que no suponen, en sí, una reproducción, comunicación pública o distribución de la obra, pero facilitan el acceso a la misma. La focalización en los actos de acceso en las nuevas modalidades de lucha contra las vulneraciones de derechos es, pues, patente<sup>670</sup>. El control del acceso, ya presente en las nuevas modalidades de

---

<sup>666</sup> Vid. *supra* n° 157 y s.

<sup>667</sup> Vid. *supra* n° 189. El concepto de responsabilidad secundaria o indirecta, en su acepción genérica, engloba todas las hipótesis en las cuales una persona es considerada como responsable de un acto de vulneración de los derechos de autor, sin haber efectuado por ella misma un acto de reproducción, distribución o comunicación pública. La noción de responsabilidad secundaria o indirecta cubre, en particular, las nociones de *vicarious and contributory liability* propias del Derecho americano: A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> ed., 2017, n° 1296, p. 1015.

<sup>668</sup> Ch. CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2017, n° 579, p. 569: “Mientras que, tradicionalmente, las sanciones contra las infracciones de derechos [“*droit de la contrefaçon*”] permitían proteger el derecho de autor, es preciso reconocer que hay evoluciones importantes tendentes a crear una “*para-contrefaçon*” que permite proteger indirectamente el monopolio del autor sin utilizar las armas *stricto sensu* de la *contrefaçon*. En tales hipótesis, la norma jurídica no sanciona una violación del monopolio propiamente dicha. Pero viene a sancionar un comportamiento que, indirectamente, permite infringir el monopolio que deriva del derecho de autor” (traducción propia).

<sup>669</sup> El término francés de *contrefaçon* se refiere a toda violación de un derecho de propiedad intelectual en general, y del derecho de autor en particular.

<sup>670</sup> A. BENSAMOUN, “Les stratégies de lutte contre la piraterie des contenus culturels et sportifs”, *D.* 2019, p. 1237: La autora explica que las estrategias de lucha contra la piratería de contenidos culturales y deportivos adoptan diferentes formas e implican a un número cada vez mayor de actores, directos e

consumo de las obras protegidas, se hace también palpable en estas nuevas modalidades de lucha contra la infracción de derechos. Además de proteger, estas nuevas acciones han permitido reforzar el monopolio de explotación.

**299.** En primer lugar, una nueva conducta se ha sumado a los supuestos de responsabilidad indirecta. El legislador ha introducido así una serie de sanciones contra las conductas que permiten franquear las restricciones de acceso que acompañan y protegen la comercialización del ejemplar de la obra. Pero además, el Derecho ha ido más allá otorgando a los titulares de derechos una serie de acciones dirigidas a terceros cuya actividad en sí es plenamente lícita, pero por la posición que ocupan, se encuentran capacitados para suspender, bloquear o hacer más complicado el acceso a una obra cuya puesta en línea no ha sido autorizada por los titulares de derechos.

**300.** En consecuencia, el refuerzo de las sanciones por medio del control de los actos de acceso a las obras tiene una doble manifestación: de un lado, las medidas tecnológicas, que se han convertido en un pilar fundamental de la distribución digital de contenidos protegidos, gozan de una protección jurídica específica (Sección 1ª); de otro, una nueva estrategia de lucha contra la piratería en línea se ha materializado en el auge de la acción de cesación (Sección 2ª).

## **Sección 1ª: La protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección**

**301.** Dado que ninguna tecnología es, a día de hoy, infalible, la necesidad de proteger jurídicamente los dispositivos tecnológicos que impiden el acceso o la utilización de una obra fue rápidamente vista como una necesidad básica. El Derecho ha venido así a otorgar lo que se ha podido calificar como una “tercera capa de protección” de la comercialización de los ejemplares de las obras, la cual se superpone a la primera capa de protección jurídica (el monopolio de explotación) y a la segunda de tipo tecnológico (las medidas tecnológicas de protección). En otras palabras, el Derecho viene, de este modo, a socorrer a la tecnología allá en donde la misma es vulnerable.

---

indirectos, e incluso se dirigen hacia otros actores. No se busca ya necesariamente sancionar al infractor, sino la eficacia de la medida adoptada, mediante la supresión del acceso al contenido mediante medidas de bloqueo o de cierre de los sitios web ilegales, o mediante una implicación lo más amplia posible de todos los actores de Internet.

Algunos autores han afirmado, en este sentido, que si un dispositivo tecnológico protege el acceso a la obra (o su utilización)<sup>671</sup>, y el Derecho a su vez sanciona el levantamiento de dicho dispositivo tecnológico, existe, aunque sea indirectamente, un nuevo “derecho de acceso” en favor de los titulares de derechos, que se añadiría a las modalidades tradicionales que conforman el monopolio de explotación, como son los derechos de reproducción o de comunicación pública. Ch. CARON afirma, con respecto a la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección que no estamos aquí en el terreno de la *contrefaçon* propiamente dicha, puesto no se trata aquí de sancionar una violación del monopolio de explotación. “En efecto, estas sanciones reprimen una violación de un elemento que protege el monopolio, que es cosa distinta. Existe pues, desde ahora, además de la protección del monopolio, otra protección, más periférica, que protege la protección del monopolio, lo que constituye, de hecho, un medio para defender indirectamente este último”<sup>672</sup>. Se trata, en suma, de sancionar una serie de comportamientos que, indirectamente, vulneran el monopolio de explotación. Dividiremos nuestro estudio sobre la protección jurídica de las medidas tecnológicas en dos partes, correspondiendo en la primera de ellas abordar los aspectos generales en que consiste dicha protección (§1), para seguidamente analizar los actos concretos que pueden ser objeto de una sanción jurídica (§2).

## **§1. Aspectos generales de la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección**

**302.** La explotación de la obra en formato digital se acompaña con frecuencia de una serie de dispositivos técnicos que funcionan a modo de “cerrojos” o “candados” con en fin de impedir todo acceso no autorizado a dicha obra, así como determinados usos de la misma (por ejemplo, la realización de una copia). Entendemos así por medida tecnológica de protección “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, está destinado a prevenir o impedir la violación de los derechos de autor o derechos afines, el acceso a una obra, o el uso de la misma sin autorización

---

<sup>671</sup> Sobre la tipología de dispositivos de protección del acceso o la utilización de la obra, *vid. supra* n° 235.

<sup>672</sup> Ch. CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, *op.cit.*, n° 580, p. 570.

de los derechohabientes o de la ley”<sup>673</sup>. Esta definición pone de manifiesto que, en realidad, es la finalidad de la medida tecnológica la que permite su definición, en tanto en cuanto ha de impedir o limitar los usos no autorizados de la obra, siendo indiferentes los medios empleados para ello.

**303.** La presencia de estos dispositivos tecnológicos de protección se ha convertido en algo muy frecuente con la llegada de la tecnología digital. Si bien su empleo era ya común fuera de línea<sup>674</sup>, las medidas tecnológicas han adquirido una importancia capital en el ámbito de la comercialización de los ejemplares desmaterializados de las obras por medio de Internet. No es así de extrañar, en consecuencia, que la introducción de las sanciones contra la desactivación de las medidas tecnológicas de protección fuese introducida por primera vez en los artículos 11 y 12 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 (WCT), e incorporadas seguidamente en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2001/29/CE *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*. Ambos textos establecen una protección jurídica tanto para las medidas de protección propiamente dichas, como para las medidas relativas a la gestión de derechos. Nuestro estudio se centrará únicamente en las primeras, por ser las que encajan dentro de la lógica de acceso a la que nos referimos en el presente capítulo.

**304.** Tanto los Tratados de la OMPI de 1996, como la Directiva de 2001, ordenan a los Estados miembros establecer una “protección jurídica adecuada” contra la elusión de las medidas tecnológicas, sin especificar si las sanciones que derivan de dicha elusión han de ser de naturaleza civil o penal. El legislador español ha optado por una doble vía, tanto civil como penal. La primera de ellas se encuentra regulada en el actual artículo 196 TRLPI. La vía penal ha sido ampliada recientemente a raíz de la reforma del Código Penal operada por medio de la Ley Orgánica 1/2015<sup>675</sup>, la cual ha

---

<sup>673</sup> Definición dada por I. GARROTE, combinando lo previsto en el artículo 6.3 de la Directiva 2001/29/CE y en el § 1201 (2) (b) de la *Copyright Act* de los Estados Unidos: I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentarios al artículo 160 del LPI” in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2017, p. 2202.

<sup>674</sup> Fuera de línea, encontramos medidas tecnológicas de protección en algunos soportes tangibles (como, por ejemplo, los CDs o CD-ROMs), y en la codificación de programas de televisión.

<sup>675</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica el Código Penal*. Sobre los aspectos relativos a la propiedad intelectual de esta reforma del Código Penal, vid. J.-J. TIRADO ESTRADA, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código Penal de 2015)*, Comares, Granada, 2016.

endurecido significativamente las penas de los delitos contra la propiedad intelectual, tipificando además nuevas conductas. Entre ellas se incluye la de aquellos que eludan o faciliten la elusión de las medidas tecnológicas de protección de los contenidos; así como la de aquellos que fabriquen o pongan en circulación cualquier medio principalmente concebido para facilitar la neutralización de tales medidas dispositivos o medidas tecnológicas. Las penas previstas para la elusión de las medidas tecnológicas de protección se equiparan a las penas previstas para quien reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios

Por su parte, el legislador francés optó desde el principio por la vía penal, estimando que la misma era la única capaz de garantizar la eficacia del dispositivo jurídico. Las sanciones penales contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección fueron integradas en los artículos L. 335-3-1.I. y II. del propio *Code de la propriété intellectuelle* por medio de la *loi DADVSI* de 1 de agosto de 2006<sup>676</sup>.

**305.** Los Tratados Internet de 1996 establecen, no obstante, una serie de requisitos relativos a la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección. En primer lugar, ambos Tratados requieren que el titular de derechos realice un acto voluntario de incorporación de una medida tecnológica a una obra o prestación, o al ejemplar que contiene la misma, para poder gozar del mecanismo de tutela jurídica. De esta manera, si un tercero coloca una medida tecnológica en una obra sin el consentimiento del titular de derechos, ésta va a poder ser eludida sin incurrir en responsabilidad alguna<sup>677</sup>.

**306.** En segundo lugar, una de las exigencias fundamentales para la protección jurídica de estas medidas tecnológicas es su eficacia. El artículo 11 del Tratado WCT habla, en este sentido, de “medidas tecnológicas efectivas”. Por su parte, el art. 6.3 de la

---

<sup>676</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit. n° 1147, p. 904: “El legislador francés no estaba obligado a integrar estas disposiciones en la legislación en materia de derecho de autor. Pero hay que reconocer que la finalidad de esta tercera “capa de protección” se inclinaba en este sentido, teniendo en cuenta además que, en la práctica, su elusión se acompañará muy a menudo de una violación del derecho de autor” (traducción propia).

<sup>677</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario al artículo 160 LPI” op. cit., p. 2206.



Directiva de 2001 establece que las medidas tecnológicas se considerarán "eficaces" cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección. En su STJUE *Nintendo* de 23 de enero de 2014<sup>678</sup> ha consagrado una definición amplia de la noción de "medida tecnológica eficaz". En virtud de la misma, es indiferente que la medida tecnológica se divida en dos componentes, uno de ellos incorporado a una videoconsola, y el otro a los soportes de los videojuegos propiamente dichos. El TJUE afirma en el apartado nº 28 de su Sentencia, que "en estas circunstancias, procede considerar que unas medidas tecnológicas como las controvertidas en el litigio principal, que están incorporadas, por una parte, a los soportes físicos de los videojuegos y, por otra, a las consolas y que deben interactuar entre sí, están comprendidas en el concepto de "medidas tecnológicas eficaces", en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2001/29, si su objetivo es impedir o restringir los actos lesivos para los derechos del titular protegidos por esta Directiva". Ambas serán, por tanto, objeto de la protección jurídica dispensada por el artículo 6.3 de la Directiva de 2001.

Sin embargo, no es necesario que la medida tecnológica haga totalmente imposible el acceso o el uso de la obra o prestación. De hecho, si una medida tecnológica fuese totalmente efectiva, no haría falta protección jurídica alguna. Como afirma I. GARROTE, "una medida tecnológica infranqueable sería autosuficiente desde el punto de vista tecnológico, y no necesitaría por tanto el soporte del Derecho. No habría que sancionar a nadie por su elusión, porque nadie la podría eludir. Sin embargo, la realidad y el sentido común nos dicen que no hay ninguna medida tecnológica (al menos de momento) que sea totalmente infranqueable. Con los debidos recursos, y con conocimientos suficientes, cualquier medida puede ser desactivada o eludida. [...] Lo importante será por tanto analizar si la medida tecnológica tiene éxito en un porcentaje razonable de los casos, con independencia de que tenga algún fallo aislado. Lo que la

---

<sup>678</sup> STJUE (Sala Cuarta) de 23 de enero de 2014, asunto C-355/12, *Nintendo:CCE* 2014, comm. 26, nota Caron; *Propri. intell.* 2014, p. 176, obs. Bruguère; *RIDA* 2/2014, p. 401, obs. P. Sirinelli; *RTD. Com.* 2014, p. 108, obs. Pollaud-Dulian. B. GALOPIN, "Affaire Nintendo: la CJUE précise les conditions de protection des mesures techniques", *RLDI* 2014/102, 3402; A. LEFEVRE, "L'arrêt Nintendo: l'étendue de la protection des mesures techniques de protection de la directive 2001/29 précisée par la CJUE", *RLDI* 2014/102, 3403.

Ley no protege son las medidas tecnológicas absolutamente inútiles para conseguir su propósito o aquellas cuya elusión es posible de manera accidental de forma sencilla e inadvertida para el usuario”<sup>679</sup>.

**307.** En tercer lugar, para gozar de la tutela jurídica, la medida tecnológica ha de versar obras y prestaciones protegidas. Si una obra controla el uso de obras que están en el dominio público, o de elementos no protegidos por un derecho de propiedad intelectual (ideas, etc.), su elusión no será sancionable jurídicamente. Cuestión distinta que es, sobre aquel elemento que se encuentra en el dominio público, exista a su vez algún tipo de prestación que dé lugar a un nuevo derecho de propiedad intelectual, como puede ser una labor de tipo editorial o una ejecución de la obra por un intérprete. En tales casos, la obra o prestación quedará protegida por el derecho de autor o derecho conexo correspondiente, y el empleo de medidas tecnológicas de protección sobre las mismas habrá de ser considerado como algo completamente legítimo.

**308.** Por último, los Tratados de la OMPI obligan a establecer una protección jurídica que sancione los actos que no se encuentran “autorizados por el titular” de los derechos “o permitidos por la ley”. Con ello se pretende conjugar la protección de las medidas tecnológicas con el ejercicio efectivo de las excepciones a los derechos patrimoniales. Sin embargo, en la práctica, la salvaguarda de las excepciones frente a las medidas tecnológicas de protección se ha revelado una materia extremadamente compleja, como lo demuestra la confusa regulación de la cuestión en el art. 6.4 de la Directiva de 2001<sup>680</sup>.

## **§2. Los actos sancionados jurídicamente**

**309.** El art. 11 del Tratado WCT establece, bajo la rúbrica “Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas” que “las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que,

---

<sup>679</sup>I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario al artículo 160 LPI”, *op. cit.*, p. 2212.

<sup>680</sup>*Vid. supra*, n° 232.

respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.”

Esta “protección jurídica adecuada” exigida por el Tratado de la OMPI, se ha traducido en la represión de dos categorías de actos relativos a su elusión: los actos individuales de elusión (A), y los llamados “actos preparatorios” (B).

#### **A. Los actos individuales de elusión de las medidas tecnológicas de protección**

**310.** La primera de las sanciones que el Derecho establece con respecto a las medidas tecnológicas de protección es su levantamiento o desactivación por parte de un usuario individual. El artículo 6.1 de la Directiva 2001/29/CE obliga a los Estados miembros a establecer una protección jurídica adecuada contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección llevados a cabo por los particulares.

**311.** En España, con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2015, las conductas individuales de elusión de las medidas tecnológicas se encontraban contempladas únicamente en la legislación civil. El legislador de la Ley 23/2006 permitió ya, desde un principio, a los titulares de derechos entablar las acciones establecidas en el Título I del Libro III del TRLPI contra los usuarios individuales que eludan la protección tecnológica en las condiciones previstas en el artículo 196.1 TRLPI. En el ámbito puramente civil, este artículo establece que los titulares de derechos podrán ejercitar las acciones previstas en el Título I del Libro III “contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz”. El legislador reproduce casi literalmente el tenor del artículo 6.1 de la Directiva de 2001. En consecuencia, el ordenamiento jurídico español sanciona de igual modo a quien infringe una de las facultades patrimoniales exclusivas (reproducción, comunicación pública, distribución, etc.), que a quien elude una medida tecnológica eficaz a sabiendas (art. 196.1 TRLPI). En ambos casos, la respuesta es activar todo el elenco de acciones civiles previstas en los artículos 138 y siguientes del TRLPI.

Por el contrario, el antiguo tenor del artículo 270.3 CP no permitía perseguir por la vía penal los actos individuales de elusión. Sólo eran objeto de sanción penal los

llamados “actos preparatorios”. Esta situación, como ya hemos apuntado, se ha visto modificada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la cual introdujo en la letra c) del apartado 5 del art. 270 CP una protección penal frente a los actos individuales de elusión. Este precepto extiende las penas previstas en los apartados anteriores a quienes “favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización”.

Para que se puedan emprender acciones civiles contra los usuarios que eluden medidas tecnológicas, el artículo 196.1 TRLPI exige que dicha elusión se produzca a sabiendas o con motivos suficientes para saber que se está llevando a cabo el acto de “crackeo”<sup>681</sup>. No es necesario que el usuario tenga la intención de violar los derechos de los titulares, sino que la intención ha de referirse a la propia conducta de elusión. Se trata, por tanto, únicamente de no sancionar aquellos actos de elusión accidentales o inadvertidos. Será, pues, necesario que concurra dolo o negligencia de la persona que elude la medida tecnológica para que pueda ser sancionada, aunque la referencia a los “motivos razonables” nos hace dudar de la gravedad que debe tener la conducta negligente para llegar a ser típica. Parece que deberá tratarse de una negligencia media o razonable, es decir, la de un usuario con conocimientos tecnológicos respecto del funcionamiento de las medidas tecnológicas de protección<sup>682</sup>.

**312.** Por lo que se refiere a la legislación francesa, el art. L. 335-3-1.I. CPI castiga con una multa de 3.750 € el hecho de eludir a sabiendas, y con fines distintos de la investigación, una medida tecnológica eficaz tal como la definida en el artículo L. 331-5, con el fin de alterar la protección de una obra por medio de una descodificación, descriptación, o cualquier otra intervención personal destinada a eludir, neutralizar o suprimir un mecanismo de protección o de control, cuando dicha violación es realizada por medios distintos del empleo de una aplicación tecnológica, de un dispositivo o componente existente mencionado en el apartado II. A diferencia de cuanto ocurre en el Derecho español, en donde la elusión individual de una medida tecnológica de protección se equipara a la infracción de cualquiera de los derechos exclusivos, la

---

<sup>681</sup>I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario al artículo 160 LPI”, *op. cit.*, p. 2215. Lo mismo puede decirse con respecto al Derecho francés, por cuanto el artículo L. 335-3-1.CPI emplea el adverbio “*sciemment*”, que podemos traducir por la expresión “a sabiendas”.

<sup>682</sup>I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario al artículo 160 LPI”, *op. cit.*, p. 2216.

sanción establecida por el legislador francés mucho más leve que la violación del monopolio, propiamente dicho<sup>683</sup>.

**313.** Es importante subrayar que todas las conductas de elusión de las medidas tecnológicas (elusión individual y actos preparatorios), son sancionables por sí solas, con independencia de que posteriormente haya un acto de distribución, importación o comunicación pública, que constituya por sí mismo una infracción de los respectivos derechos de propiedad intelectual. Se trata de dos infracciones distintas y compatibles<sup>684</sup>.

**314.** Es posible, sin embargo, dudar de la eficacia práctica de estas normas, que se corrobora por la ausencia de resoluciones que condenen a usuarios por actos individuales de elusión. Y ello no sólo por las dificultades prácticas asociadas a cualquier acción legal que se quiera emprender contra los usuarios individualmente considerados, sino también porque la prueba del ilícito es ciertamente complicada de obtener<sup>685</sup>. Se puede obtener la prueba de que una medida tecnológica ha sido desactivada, pero resulta extremadamente complicado probar quién realizó dicha desactivación. De ahí que algún autor haya podido afirmar, con respecto al artículo 196.1 TRLPI que parece que lo que este artículo pretende más bien es “hacer pedagogía legislativa, sin pretensión punitiva real”<sup>686</sup>. Ello explica también que una protección completa y eficaz de las medidas tecnológicas de protección deba incluir sanciones contra los llamados “actos preparatorios”.

## **B. Las sanciones contra los actos preparatorios**

**315.** La protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección, para ser completa, debe poder reprimir todos los comportamientos que, directa o indirectamente, tienen la finalidad de atentar contra las mismas. Es evidente que comete ante todo una infracción la persona que elude personalmente la medida tecnológica de protección. Pero el artículo 6.2 de la Directiva de 2001 impone igualmente a los Estados miembros

---

<sup>683</sup>La pena por el delito de *contrefaçon* establecida en el art. L. 335-2 CPI es de tres años de prisión y 300.000 € de multa, medida de contrasta radicalmente con los 3.750 € en que puede incurrir quien eluda individualmente una medida tecnológica de protección.

<sup>684</sup>I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario al artículo 160 LPI”, *op. cit.*, p. 2215.

<sup>685</sup>I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario al artículo 160 LPI”, *op. cit.*, p. 2216.

<sup>686</sup>I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario al artículo 160 LPI”, *op. cit.*, p. 2217.

la obligación de establecer sanciones contra aquellos que proporcionan los medios para neutralizar dichas medidas. Se trata de todas aquellas personas que, de algún modo, ayudan, incitan o favorecen que el usuario eluda de forma individual la protección tecnológica asociada a la distribución de las obras y prestaciones protegidas.

Entendemos así por “actos preparatorios” todos aquellos relativos a la fabricación, importación y comercialización de los aparatos o instrumentos que permiten a los usuarios individuales la elusión de las medidas tecnológicas de protección. Se trata en definitiva de castigar todo comportamiento que pueda desembocar en un acceso a la obra que no estaba autorizado, aunque la persona no desactive por sí misma la medida tecnológica, sino que únicamente procure a otra las herramientas o las instrucciones necesarias para ello. Si bien su conducta parece quedar alejada de la infracción de derechos de autor, indirectamente, permiten cometerla; además de que, con frecuencia, quienes ponen en el mercado los dispositivos o servicios que permiten a los usuarios individuales neutralizar las medidas tecnológicas, obtienen importantes beneficios económicos por medio de estas actividades. Se trata en definitiva de luchar contra otra forma de piratería comercial y organizada, con la finalidad es que el usuario no encuentre “en el mercado” (y en especial, en páginas de Internet) los instrumentos adecuados para llevar a cabo actos de elusión individual<sup>687</sup>.

**316.** El artículo 6.2 de la Directiva 2001/29/CE obliga, en consecuencia, a los Estados miembros a establecer “una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que: a) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, ob) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, oc) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz”<sup>688</sup>. Es evidente que,

---

<sup>687</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario al artículo 160 LPI”, *op. cit.*, p. 2217.

<sup>688</sup> En los mismos términos, el art. 196.2 TRLPI, que regula en Derecho español los llamados “actos preparatorios”, estableciendo las sanciones civiles en que podrán incurrir quienes ayuden, inciten o favorezcan que un usuario eluda de forma individual la protección tecnológica asociada a las obras o prestaciones protegidas puestas en el mercado.

cuando se realiza alguno de estos actos preparatorios, la infracción que se comete es distinta a la violación de los derechos patrimoniales<sup>689</sup>.

**317.** En Francia, la obligación contenida en el artículo 6.2 de la Directiva 2001/29/CE figura en el artículo L. 335-3-1. II. CPI, el cual establece una pena de seis meses de prisión y 30.000 € de multa para quienes procuren o propongan a sabiendas a un tercero, directa o indirectamente los medios concebidos o especialmente adaptados para eludir una medida tecnológica eficaz, citando a continuación una serie de procedimientos. La protección jurídica de los actos preparatorios en Derecho español se articula tanto en el ámbito civil (art. 196.2 TRLPI) como en el ámbito penal. Esta protección penal, en un principio prevista únicamente para sancionar a los fabricantes, importadores, etc., de dispositivos para eludir las medidas tecnológicas en el ámbito de los programas de ordenador, fue extendida por medio de la reforma del Código Penal de 2003<sup>690</sup> a “cualesquiera de las obras, interpretaciones o ejecuciones” protegidas por un derecho de propiedad intelectual. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, otorgó una nueva redacción a la norma, regulando en el apartado 6<sup>691</sup> del artículo 270 la protección general frente a la fabricación y comercialización de instrumentos de neutralización o eliminación de los dispositivos técnicos. La letra d) del artículo 270.5 nuevamente introducido castiga igualmente al quien “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo”.

Dentro de los actos preparatorios se incluyen, por tanto, la fabricación de dispositivos, componentes o aplicaciones destinados a la neutralización de las medidas

---

<sup>689</sup>I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario al artículo 160 LPI”, *op. cit.*, p. 2219.

<sup>690</sup>Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

<sup>691</sup>Artículo 270.6 CP: “Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo”.

tecnológicas, así como todo cuanto atañe a su distribución<sup>692</sup> (importación, distribución, alquiler, venta<sup>693</sup>, etc.). Se incluyen aquí no sólo los productos, sino también los servicios prestados para eludir o facilitar la elusión de dichas medidas<sup>694</sup>. Entran asimismo dentro de la categoría los actos que inciten al uso de un dispositivo o servicio que facilite la elusión de las protecciones tecnológicas, los actos de promoción y/o de publicidad<sup>695</sup>.

**318.** En cuanto a las penas, se observa que, en el Derecho francés, el legislador castiga con mayor severidad este tipo de comportamientos que los actos individuales de elusión, lo que se comprende teniendo en cuenta que este tipo de conductas se desarrollan a menudo a escala comercial, y pueden resultar muy nocivas para los intereses de los titulares de derechos. De forma paradójica, la solución española contenida en el artículo 270.6 es la inversa, siendo la pena de prisión ligeramente más leve que para los supuestos de los apartados c) y d) del artículo 270.5 CP<sup>696</sup>.

**319.** Por último, las actividades de fabricación o distribución de dispositivos o componentes deben estar principalmente concebidas para permitir o facilitar la supresión no autorizada de la medida tecnológica de protección. Se trata con ello de evitar que se declare ilícita la puesta en el mercado de productos y servicios que no están concebidos para eludir una medida tecnológica, sino que se utilizan para fines que el ordenamiento jurídico tolera. La STJUE de 23 de enero de 2014 en el asunto *Nintendo* ha establecido, en este sentido, una exigencia de proporcionalidad que implica que la protección de las medidas tecnológicas no es absoluta. En consecuencia, las medidas tecnológicas únicamente serán legítimas en la medida en que sean empleadas para proteger los derechos de autor, y las sanciones establecidas contra los actos de elusión no pueden tener un objetivo distinto de la prevención de una violación de derechos. El TJUE estima, por lo tanto, que la protección jurídica contra los actos no autorizados por el titular de derechos “debe respetar el principio de proporcionalidad y no debe prohibir aquellos dispositivos o actividades cuyo empleo o finalidad comercial

---

<sup>692</sup> Artículos 196.2 TRLPI, art. 270.6 CPI y art. L. 335-3-1. II, 1º y 2º CPI.

<sup>693</sup> Queda incluida aquí la posesión con fines comerciales, según lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Directiva 2001/29/CE. El artículo L. 335-3-1. II, 2º CPI emplea la expresión “detener con vistas a la venta, el préstamo o el alquiler”).

<sup>694</sup> Artículos 270.5 d) CP, y art. L. 335-3-1. II, 3º CPI.

<sup>695</sup> Art. 196.2 a) TRLPI, y art. L. 335-3-1.II., 4º CPI

<sup>696</sup> De seis meses a tres años en el artículo 270.6 CP, en lugar de una pena de prisión de seis meses a cuatro años, como ocurre en los supuestos de las letras c) y d) del art. 270.5 CP.



principal persiga objetivos distintos al de facilitar la realización de tales actos eludiendo la protección técnica”<sup>697</sup>.

## Sección 2ª: La acción de cesación

**320.** El término francófono de *contrefaçon* se refiere, de forma general, a la infracción de un derecho de propiedad intelectual y, en particular, del derecho de autor. La sanción de tales infracciones se lleva a cabo mediante el ejercicio de la *action en contrefaçon*, la cual constituye una prolongación de los derechos de propiedad intelectual en el terreno contencioso. La *action en contrefaçon* consiste, a la vez, en una acción destinada a la restauración de la exclusividad y a la reparación del daño ocasionado por la misma.

**321.** La infracción de un derecho de propiedad intelectual adopta, a menudo, la forma de un acto cuyos efectos perduran en el tiempo<sup>698</sup>. Por este motivo, insistir en el cese de la actividad ilícita puede, en muchas ocasiones, representar un arma mucho más valiosa que exigir la reparación del daño, especialmente en el ámbito de las infracciones cometidas en la red, donde los infractores son a menudo difícilmente localizables y, en ocasiones, insolventes. A diferencia de cuanto ocurre en el ámbito de la propiedad material, donde el restablecimiento del derecho exclusivo pasa por la restitución del objeto corporal, en el ámbito de la propiedad inmaterial ello exige el cese de la vulneración del derecho exclusivo. La *action en contrefaçon*, en su forma reivindicativa, consiste así en el cese de la actividad ilícita, como único mecanismo mediante el cual el autor puede recobrar su derecho exclusivo<sup>699</sup>.

**322.** De entre las acciones y recursos establecidos en el art. 8 de la Directiva 2001/29/CE, su apartado tercero dispone lo siguiente: “los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor”. Esta opción, prevista en materia de

---

<sup>697</sup> Apartado nº 30 de la STJUE (Sala Cuarta) de 23 de enero de 2014, asunto C-355/12, *Nintendo*, anteriormente citada.

<sup>698</sup> A. LUCAS-SCHLOETTER, “La cessation de la contrefaçon”, *RIDA* nº 256, 2018, p. 209-225.

<sup>699</sup> A. LUCAS-SCHLOETTER, “La cessation de la contrefaçon”, *op. cit.* p. 209.

medidas cautelares, ha sido extendida por la Directiva 2004/48/CE<sup>700</sup> a las medidas derivadas de una decisión sobre el fondo. Su artículo 11 obliga a los Estado miembros a garantizar que “[...] que los titulares de derechos tengan la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 8 de la Directiva 2001/29/CE”.

**323.** La característica principal de la acción de cesación establecida en los artículos 8.3 de la Directiva de 2001 y 9.1.a) y 11 de la Directiva de 2004 reside en la posibilidad de ordenar una serie de medidas destinadas al cese de la actividad ilícita a un sujeto no infractor, pero cuyos servicios son empleados por terceros para infringir los derechos de autor. Siendo perfectamente lícita la actividad que éste desempeña, no se trata aquí de exigir su responsabilidad – con la correspondiente reparación del daño – sino de ordenar que éste adopte una serie de medidas que permitan poner fin a la infracción o, al menos, reducir su magnitud<sup>701</sup>. Esta circunstancia supone una novedad importante en el ámbito del Derecho de propiedad intelectual, y que algunos autores no han dudado en calificar de “evolución mayor”<sup>702</sup> en el plano de las sanciones contra las infracciones de derechos. El procedimiento está específicamente diseñado para hacer frente a las infracciones al derecho de autor que tienen lugar en Internet, y supone una ilustración más de la evolución del derecho de autor hacia una mayor implicación de los prestadores de servicios de intermediación en la lucha contra la infracción de derechos<sup>703</sup>, por cuanto estas personas se encuentran en condiciones de poner fin a la

---

<sup>700</sup>Directiva 2004/48/CE de 29 de abril de 2004 *relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*.

<sup>701</sup>El concepto de acción de cesación no se limita a aquellas acciones que se dirigen a un sujeto no infractor. Cabe reagrupar bajo este concepto todas aquellas acciones destinadas a reducir o eliminar los efectos de la infracción. *Vid.* en este sentido el elenco de medidas destinadas al cese de la actividad ilícita que establece el art. 139 del TRLPI. Sobre la acción de cesación, *vid.* A. LUCAS-SCHLOETTER, “La cessation de la contrefaçon”, *op. cit.* p. 209 y s.

<sup>702</sup>A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5<sup>e</sup> éd., 2017, n° 1299, p. 1018: “A pesar de haber sido prácticamente ignorada de los comentarios de la Ley HADOPI I, la consagración de la acción de cesación del artículo L. 336-2 constituye, sin duda, una evolución mayor del derecho francés de las sanciones contra las infracciones de derechos. Sus condiciones de ejercicio son, en efecto, radicalmente diferentes a los principios que gobernaban hasta ahora la materia. Así ocurre, de forma particular, en lo que se refiere a las partes de la acción: además de que puede ser ejercitada por una persona que no es titular del derecho cuya violación es invocada, la acción puede dirigirse contra cualquier persona que pueda poner remedio a la infracción de derechos alegada” (traducción propia).

<sup>703</sup>Sobre la implicación de los prestadores de servicios de intermediación en Internet, y otros intermediarios que intervienen de algún modo u otro en la transmisión de obras y objetos protegidos en Internet, *vid.* la Segunda Parte del presente trabajo (*infra*, n° 374 y s, p. 374 y s.).

misma o reducir sus efectos<sup>704</sup>. Los mecanismos de lucha contra las infracciones de derechos evolucionan, y la finalidad ya no es necesariamente la de sancionar al infractor. Lo que se persigue, en realidad, es la eficacia de la medida adoptada, eficacia que pasa por la supresión del acceso al contenido mediante medidas de bloqueo o cierre de los sitios ilegales o por la implicación lo más amplia posible de todos los actos de Internet<sup>705</sup>.

**324.** En efecto, otra de las particularidades de la acción de cesación a la que aquí nos referimos es el hecho de que el foco de atención se sitúa en el control o en la prevención de los actos de acceso a la obra o prestación. Su finalidad es, pues, la de impedir o bloquear el acceso del público al contenido protegido o, al menos, hacer que éste resulte más complejo.

**325.** Procedente del Derecho de la Unión Europea, la acción de cesación ha sido desarrollada por medio de su transposición en los diferentes Derechos internos<sup>706</sup>, y se configura en la actualidad como una de las medidas más eficaces para poner freno a la circulación ilegal de las obras en la red. Su extensión es, no obstante, algo imprecisa, y las dudas en cuanto a su alcance han llevado a una progresiva delimitación de sus contornos por parte de la jurisprudencia. En efecto, la generalidad de los términos en que aparece formulada en los textos europeos requiere, a título preliminar, precisar los contornos negativos de la acción de cesación, es decir, aquello que la misma no abarca (§1) para, seguidamente, estudiar las medidas que sí pueden dictarse en virtud de la misma (§2).

---

<sup>704</sup> Así lo establece el considerando nº 59 de la Directiva 2001/29/CE: “sobre todo en el entorno digital, es posible que terceras partes utilicen cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas. En muchos casos, estos intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los titulares de los derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero [...]”. En el mismo sentido, Ch. CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, *op. cit.*, nº 503, p. 467: “... cada vez se contempla más la posibilidad de luchar contra las infracciones de derechos dirigiéndose a personas que ejercen una actividad lícita y que no son infractores (proveedores de acceso a Internet, empresas de publicidad, intermediarios de pagos, [...], motores de búsqueda, etc.). Dicho de otro modo, en defecto de poder alcanzar de un modo eficaz a los infractores, son a menudo los no infractores el blanco de las acciones emprendidas”; C. CASTETS-RENARD, “La coopération des fournisseurs d’accès à l’internet dans la lutte contre la contrefaçon: quelques précisions d’envergure”, *D.* 2014, p. 1246: “Dicho de otro modo, es sencillo apoyarse sobre los intermediarios para exigir aquello que es difícil obtener de los propios autores de las infracciones”.

<sup>705</sup> A. BENSAMOUN, “Les stratégies de lutte contre la piraterie des contenus culturels et sportifs”, *op. cit.*, p. 1237. *Vid.* asimismo, HADOPI, “Stratégies de lutte contre le piratage des contenus culturels et sportifs”, Rapport veille internationale, 2019.

<sup>706</sup> En España esta acción se encuentra recogida en los artículos 138 y 139.1.h) TRLPI; y en Francia en el art. L. 336-2 CPI.

## **§1. La interdicción de ordenar medidas generales y preventivas de filtrado**

**326.** La primera pregunta que es legítimo plantearse es hasta dónde pueden llegar las medidas ordenadas a un tercero que no es infractor en virtud de la acción de cesación. La generalidad de los términos en que aparece formulada en las Directivas 2001/29/CE y 2004/48/CE no permite dar una respuesta clara a esta cuestión. Por tratarse de medidas dirigidas principalmente hacia los prestadores de servicios de la sociedad de la información, es indispensable tener en cuenta el régimen de exoneración de responsabilidad reconocido en favor de estas actividades en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico<sup>707</sup>. Este régimen (a), junto con su interpretación por el TJUE, ha permitido determinar los contornos negativos de la acción de cesación (b).

### **A. El régimen de exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información**

**327.** El proceso de transmisión de contenidos digitales requiere la participación de una multiplicidad de actores. Por desempeñar, en principio, funciones meramente técnicas, un régimen específico de exoneración de responsabilidad ha sido reconocido en beneficio de algunos de estos prestadores de servicios de intermediación en la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico<sup>708</sup>.

En el entorno en línea, el tercero o intermediario contra el cual cabe dirigir una acción de cesación será habitualmente un prestador de servicios de la sociedad de la información. Ello remite inevitablemente a las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad establecidas en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE sobre

---

<sup>707</sup> Aunque, como veremos más adelante (*infra*, nº 345) las categorías de prestadores de servicios de intermediación reguladas en la Directiva 2000/31/CE no son los únicos intermediarios contra los cuales cabe ejercitar la acción de cesación.

<sup>708</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*. Su transposición en los Derechos francés y español figura, respectivamente, en los artículos 6 y 9 de la Loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN) y 13 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de Servicios de la Sociedad de la Información* de 11 de julio de 2002 (LSSI).

el comercio electrónico. Estos “*safe harbours*” o “puertos seguros”, fueron diseñados con la finalidad de favorecer el desarrollo de Internet y, de modo particular, del comercio en línea. En consecuencia, dicha Directiva instauró un régimen específico de exoneración de responsabilidad en favor de tres categorías de actividades desempeñadas por los actores de las comunicaciones electrónicas, y que son los servicios de mera transmisión (art. 12), memoria tampón o *caching* (art. 13) y alojamiento o almacenamiento de datos (art. 14)<sup>709</sup>.

**328.** La “mera transmisión” establecido en el artículo 12 hace referencia a la actividad de los proveedores de acceso a Internet. Se trata del servicio que consiste en “transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones”. Puesto que, por definición, el prestador de un servicio de mero transporte no queda de ninguna manera implicado en el contenido de la información transmitida, la Ley reconoce en su beneficio un régimen jurídico de exoneración de responsabilidad, tanto civil como penal. El operador de transmisión no es, en principio, responsable del contenido ilícito, siempre y cuando se limite a desempeñar una función técnica. En consecuencia, un proveedor de servicios de acceso a Internet sólo podría ser considerado como responsable en caso de salirse de su rol estricto de transmisión de datos o informaciones. Tal sería el caso si originase él mismo la transmisión, modificase los datos transmitidos, o eligiese su destinatario. Por lo tanto, una actitud neutral garantiza la ausencia de responsabilidad del proveedor de servicios de acceso. Otro tanto puede decirse del almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos que pueden llevar a cabo los operadores de transporte, siempre y cuando dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión (art. 12.2).

**329.** Por su parte, la actividad de “memoria tampón” o *caching* del artículo 13 es aquella que consiste en el almacenamiento automático, provisional y temporal de la

---

<sup>709</sup> Para un estudio más detallado del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información *vid.* I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2015, 1ª ed; E. RICBOURG ATTAL, *La responsabilité civile des acteurs de l'Internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, Larcier, 2014, 1ª ed; J.-J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información”, in A. ORTÍ VALLEJO y M.-C. GARCÍA GARNICA (dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª ed., 2015, p. 1155.

información transmitida por una red de telecomunicaciones a petición del destinatario del servicio, y cuya única finalidad es la de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios. El prestador de este tipo de servicios tampoco interviene sobre el contenido, razón por la cual no podrá ser considerado responsable, a condición de que no modifique la información, cumpla las condiciones de acceso a la información, así como las normas relativas a la actualización de la misma; y no interfiera en la utilización lícita de la tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. Por otra parte, se le exige que, en cuanto tenga conocimiento efectivo de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se haya imposibilitado el acceso a dicha información, o de que un tribunal o autoridad administrativa haya ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella, actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer imposible el acceso a la misma.

El régimen de exoneración de responsabilidad para las actividades de *caching* queda, en consecuencia, subordinado al cumplimiento de dos condiciones cumulativas. En primer lugar, el prestador no debe modificar la información y debe conformarse a las condiciones de acceso a la información y a las reglas de su actualización indicadas y empleadas por las empresas. Además, el prestador no debe impedir la utilización lícita de la tecnología con el fin de obtener datos sobre el uso de la información. En segundo lugar, el prestador debe actuar con prontitud para retirar la información almacenada o para impedir el acceso a la misma, desde el mismo momento en que tenga conocimiento efectivo de que la información ha sido retirada de la red, o del hecho de que el acceso a la información ha sido imposibilitado, o incluso del hecho de que un tribunal o autoridad administrativa ha ordenado retirar la información o hacer que el acceso a la misma sea imposible.

**330.** El artículo 14 se refiere, por último, a la actividad de alojamiento de datos. El prestador que almacene datos facilitados por el destinatario del servicio no podrá ser considerado responsable, a condición de que no tenga conocimiento del carácter ilícito de la actividad o información y, en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a los mismos sea imposible.

Si bien la Directiva sobre el comercio electrónico no establece un régimen específico para los motores de búsqueda, algunas leyes nacionales de transposición<sup>710</sup>, así como una jurisprudencia abundante<sup>711</sup>, han optado por extender el régimen previsto para la actividad de alojamiento de datos a los motores de búsqueda. Éstos últimos no serán, por tanto, considerados responsables en tanto en cuanto no tengan conocimiento del carácter ilícito de los datos transmitidos. Asimismo, tendrán la obligación de desindexar los contenidos desde el mismo momento en que reciban la notificación.

**331.** En resumen, las diferentes categorías de prestadores de servicios de intermediación que son objeto del régimen específico de responsabilidad establecido en los artículos 12 a 14 de la Directiva sobre comercio electrónico tienen en común el hecho de que su actividad se encuentra, en principio, bastante alejada de la infracción de derechos de propiedad intelectual, puesto que no intervienen en la selección ni en la modificación de los contenidos. Intervienen únicamente, de un modo u otro en el tránsito o la difusión de la información o de los contenidos, de la índole que sean. No es menos cierto que, por la posición que ocupan, permiten el acceso o la localización de los recursos en línea, y se encuentran también en condiciones de impedirlo.

Este régimen de exoneración de responsabilidad reconocido en la Directiva sobre el comercio electrónico no excluye la posibilidad de ordenar medidas de cesación a los prestadores de servicios intermediarios, y de hecho éstos serán habitualmente los primeros candidatos a la ordenación de las mismas. Lo que sí condiciona de forma importante es la extensión de las medidas que pueden ser solicitadas. En este sentido, además de las disposiciones específicas para cada una de las actividades mencionadas, la Directiva sobre el comercio electrónico contiene, por último, en su artículo 15 una cláusula de cierre que declara la inexistencia de una obligación general de supervisión, aplicable a una de las categorías de actividades que acaban de ser mencionadas. En virtud de la misma, “los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una

---

<sup>710</sup>Es el caso de la legislación española en el art. 17 de la LSSI (“Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda”).

<sup>711</sup>En Francia, ante el silencio de la legislación, la jurisprudencia ha extendido el régimen de irresponsabilidad condicional a los motores de búsqueda: CA Paris de 14 de enero de 2011, *Google* (4 arrêts), *PI* 2011, p. 199; CA Paris de 26 de enero de 2011, *Google y Aufeminin.com*; CA Paris de 26 de enero de 2011, *SAIF y Google*; Civ. 1<sup>ère</sup> de 17 de febrero de 2011, n° 09- 13202, *Bloobox-net y Martinez*, bull. civ. I n°31; Cas. com. de 29 de enero de 2013, n°11.24713; CA Paris de 9 de abril de 2014, *Google y Sté Voyageurs du monde*, *RLDI* 2014/14, n°3475.

obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14”.

**332.** Este sistema de exención de responsabilidad, o de irresponsabilidad condicionada resulta fundamental a la hora de determinar el tipo de medidas que pueden ordenarse a los mencionados intermediarios en virtud de la acción de cesación. La falta de precisión de las disposiciones que la regulan ha conducido al planteamiento de una serie de cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

## **B. Las precisiones introducidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

**333.** La primera cuestión prejudicial acerca del alcance de las medidas de cesación planteada ante el TJUE oponía a la *SABAM*, entidad de gestión belga, contra *Scarlet*, proveedor de servicios de acceso a Internet. La *SABAM* solicitó ante la jurisdicción belga que declarase la existencia de infracciones al derecho de autor como consecuencia del intercambio no autorizado de archivos electrónicos musicales realizado gracias a programas *peer-to-peer*, a través de la utilización de los servicios de *Scarlet*. Seguidamente, solicitó que se condenase a *Scarlet* a poner fin a dichas infracciones, impidiendo o bloqueando cualquier forma de envío o de recepción por sus clientes de archivos que reprodujeran una obra musical sin autorización de sus titulares mediante un programa *peer-to-peer*. En su Sentencia de 24 de noviembre de 2011<sup>712</sup> (asunto *SABAM /Scarlet*), el Tribunal de Justicia rechaza la adopción de las medidas de filtrado<sup>713</sup> y bloqueo solicitadas por la jurisdicción de reenvío. Sin embargo, lo hace

---

<sup>712</sup> STJUE (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended (Sté) y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeur SCRL*, D. 2011, p. 2925, obs. C. Manara; *ibid.* 2012, p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; *ibid.* p. 2836, obs. P. Sirinelli; RSC 2012, p. 163, obs. J. Francillon; *RTD eur.* 2012, p. 404, obs. F. Benoît-Rohmer; *ibid.* p. 957, obs. E. Treppoz; *Propr.Intell.* janvier 2012, n° 42, p. 47-51, obs. V.-L. Benabou.

<sup>713</sup> Lo que se solicitaba era que el prestador de servicios de acceso a Internet implementase una serie de tecnologías de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes, que circulaban a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas *peer-to-peer*, con el fin de identificar en su red la circulación de archivos electrónicos que contuvieran obras musicales, cinematográficas o audiovisuales sobre las que el solicitante de las medidas alegase ser titular de derechos. Además, este sistema de filtrado debía aplicarse con respecto a toda su clientela, de manera abstracta y con carácter preventivo, exclusivamente a expensas de dicho proveedor de servicios y sin limitación de tiempo.



tomando una serie de precauciones que limitan la generalización de esta solución. En efecto, lo que los jueces rechazan es la posibilidad de ordenar a un proveedor de servicios de acceso a Internet el bloqueo del intercambio de archivos que contienen obras protegidas a través de un sistema en cierta forma “ciego” y general. El problema estriba en que la medida solicitada a título preventivo se refería a la totalidad de las obras presentes en el catálogo de la entidad de gestión SABAM, había de dirigirse indistintamente a todos los clientes, de forma ilimitada en el tiempo, además de ser sufragada enteramente por el proveedor de servicios.

En su razonamiento, el TJUE recuerda que el artículo 8.3 de la Directiva 2001/29/CE y la tercera frase del artículo 11 de la Directiva 2004/48/CE<sup>714</sup> permiten a los titulares de los derechos de propiedad intelectual que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios, como pueden ser los proveedores de acceso, cuyos servicios son empleados por terceros para atentar contra sus derechos. Seguidamente, apoyándose en la sentencia *L'Oréal*<sup>715</sup>, considera legítimo un mandamiento que tenga por objeto imponer no sólo medidas de carácter suspensivo para hacer cesar las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual, sino también las medidas destinadas a prevenir nuevas infracciones. No obstante, el Tribunal de Justicia señala que las leyes nacionales, así como su aplicación por las Tribunales han de respetar las limitaciones establecidas en las directivas 2001/29/CE y 2004/48/CE, así como las fuentes de derecho a las cuales dichas directivas hacen referencia. Y en esta referencia a “las fuentes” de las Directivas específicas en materia de propiedad intelectual, el TJUE invoca la Directiva sobre el comercio electrónico, y en especial su artículo 15.1, el cual impide a los Estados miembros la imposición a los prestadores de servicios de una obligación general de supervisar los datos que transmiten o almacenan en las redes<sup>716</sup>.

Se comprenderá así que esta prohibición choca con todo mandamiento que obligue a un proveedor de servicios de acceso a proceder a una vigilancia activa del conjunto de

---

<sup>714</sup> Art. 11 de la Directiva 2004/477CE: “Los Estados miembros garantizarán asimismo que los titulares de derechos tengan la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 8 de la Directiva 2001/29/CE”.

<sup>715</sup> STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C- 324/09, *eBay International, eBay Europe, eBay UK y L'Oréal SA, Lancôme Parfums, Laboratoires Garnier et L'Oréal UK*: D. 2011 p. 1965, nota C. Manara; CCE 2011, Comm. 99, nota Ch. Caron; JCP E 2011, p. 509, nota Ch. Caron; *Prop. ind.* 2011, Comm. 71, nota Folliard-Monguiral; RLDI 2011/74, n°2444, nota L. Costes y n° 2460, obs. C. Castets-Renard.

<sup>716</sup> Apartados n° 30 a 35 de la STJUE de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet y SABAM*, anteriormente citada.

los datos intercambiados por cada uno de sus clientes, para detectar o identificar los contenidos intercambiados ilegalmente, con el fin de prevenir la infracción de los derechos de propiedad intelectual. El TJUE considera que el mandamiento apuntado sería equivalente una supervisión general de los datos que transmiten o almacenan, o bien a una búsqueda activa de hechos o circunstancias que indiquen el desarrollo de actividades ilícitas, circunstancias que se encuentran prohibidas por el artículo 15.1 de la Directiva 2000/31/CE.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia estima que tal obligación de supervisión general sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2004/48, según el cual, las medidas contempladas por esta Directiva deben ser equitativas y proporcionadas y no deben resultar excesivamente gravosas<sup>717</sup>. En consecuencia, y como viene siendo una constante en la jurisprudencia del TJUE en materia de propiedad intelectual, el Tribunal hace igualmente referencia a la noción de “justo equilibrio” entre los derechos fundamentales implicados, en este caso entre la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor, y la libertad de empresa que ampara a los proveedores de acceso, en los términos del artículo 16 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. A la vista de los intereses en juego, estima que el sistema de filtrado solicitado implicaría una vigilancia integral, ilimitada en el tiempo y relativa a toda vulneración potencial o futura. De ello deduce, un requerimiento judicial de estas características implicaría una vulneración sustancial de la libertad de empresa del proveedor de servicios de internet, puesto que le obligaría a instalar un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas, lo cual resultaría, además, contrario a los requisitos recogidos en el artículo 3.1 de la Directiva 2004/48, el cual exige que las medidas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no resulten inútilmente complejas o costosas<sup>718</sup>.

Por otro lado, el TJUE considera que el sistema de filtrado solicitado también podría vulnerar los derechos fundamentales de los propios clientes del prestador de servicios de acceso a Internet, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones. En efecto, el sistema de filtrado solicitado implicaría un análisis sistemático de todos los contenidos y la recopilación e

---

<sup>717</sup> Apartados nº 36 y 40 de la STJUE de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet y SABAM*, anteriormente citada.

<sup>718</sup> Apartados nº 46 a 48 de la STJUE de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet y SABAM*, anteriormente citada.

identificación de las direcciones IP de los usuarios que hayan originado el envío de contenidos ilícitos en la red, dándose la circunstancia de que dichas direcciones son datos protegidos de carácter personal, ya que permiten identificar concretamente a tales usuarios. Además, tampoco se excluye que tal requerimiento judicial no pueda suponer una vulneración de la libertad de información, pues si el sistema de filtrado no es eficaz, podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito<sup>719</sup>.

**334.** Esta posición sería reiterada por el TJUE en un segundo asunto en el que la *SABAM* presentaba un requerimiento similar contra la red social *Netlog*, la cual reivindicaba el estatus de prestador de servicios de alojamiento. El Tribunal era así interrogado acerca de la legalidad de un mandamiento emitido por un juez nacional a un prestador de servicios de alojamiento por el cual se ordenaba la instalación de un sistema de filtrado que se aplicaría indistintamente al conjunto de los usuarios, a título preventivo, exclusivamente a sus expensas y sin limitación de tiempo. Siguiendo el razonamiento empleado en la Sentencia *Scarlet*, el Tribunal de Justicia afirma su Sentencia de 16 de febrero de 2012 (asunto *SABAM /Netlog*)<sup>720</sup>, que tal requerimiento iría en contra de la prohibición imponer a un prestador de servicios una obligación general de vigilancia, así como de la exigencia de garantizar un justo equilibrio entre el derecho de autor, por una parte, y la libertad de empresa, la protección de datos de carácter personal y la libertad de recibir o comunicar informaciones, por otro.

**335.** De todo lo afirmado se desprende de esta Sentencia que la noción de justo equilibrio a la que se refiere el Tribunal de Justicia requiere, en definitiva, una participación de los titulares de derechos en la detección y represión de las vulneraciones de derechos de propiedad intelectual en Internet. Ello no supone, sin embargo, que los proveedores de servicios de acceso a Internet no tengan una obligación de colaborar con los titulares de derechos en la retirada o bloqueo de aquellos contenidos que puedan infringir derechos de propiedad intelectual. Pero esa

---

<sup>719</sup> Apartados nº 50 a 53 de la STJUE de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet* y *SABAM*, anteriormente citada.

<sup>720</sup> STJUE de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) y Netlog NV*: D. 2012, p. 549, obs. C. Manara; *ibid.* p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; *ibid.* p. 2836, obs. P. Sirinelli; RSC 2012, p. 163, obs. J. Francillon; *RTD eur.* 2012, p. 957, obs. E. Treppoz; *ibid.* 2013, p. 675, obs. F. Benoît-Rohmer.

colaboración deberá ser proporcionada y puntual y requerirá de la identificación previa por el titular de los derechos de los contenidos presuntamente ilícitos<sup>721</sup>.

**336.** Lo que el TJUE rechaza, en definitiva, es la instrumentalización de la acción de cesación, esto es, su empleo con el fin de obtener una orden judicial dirigida a un prestador de servicios de intermediación para que éste opere un filtrado de la totalidad de las comunicaciones de sus clientes con el fin de detectar y bloquear los intercambios de obras no autorizados. Dicho de otro modo, la necesidad de proteger los derechos de propiedad intelectual no puede justificar la imposición de medidas de filtrado y bloqueo que impliquen una vigilancia general de las comunicaciones electrónicas, lo cual ocurre necesariamente cuando estas medidas no quedan estrictamente limitadas a contenidos concretos. En sus conclusiones relativas al asunto *SABAM c/ Scarlet*, el Abogado General comentaba, al respecto, que tal sistema supondría transmitir al proveedor de servicios de acceso a Internet la responsabilidad jurídica y económica de la lucha contra las descargas ilegales de las obras en Internet<sup>722</sup>. En el mismo sentido, la Comisión Europea, en su informe de 21 de noviembre de 2003 al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva de 8 de junio de 2000 había señalado ya que “la supervisión general de millones de sitios y páginas Web sería imposible desde un punto de vista práctico y supondría una carga desproporcionada para los intermediarios y unos costes más elevados de acceso a los servicios básicos para los usuarios. Sin embargo, aclaraba seguidamente que el artículo 15 no impide que las autoridades públicas de los Estados miembros impongan una obligación de supervisión en un caso concreto, claramente definido”<sup>723</sup>, tal y como lo establece el propio considerando nº 47 de la Directiva sobre comercio electrónico<sup>724</sup>. De ello se desprende que una medida de bloqueo del acceso, sobre contenidos y/o páginas

---

<sup>721</sup> A. MUÑOZ VICO e I. GONZÁLEZ ROYO, “SABAM vs SCARLET: nuevas directrices del Tribunal de Justicia en la regulación de la responsabilidad de los ISP en Internet”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 34, 2012, p. 473-477.

<sup>722</sup> Apartado nº 54 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de abril de 2011, Asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (SABAM)*.

<sup>723</sup> Informe a la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, Bruselas, 21 de noviembre de 2003, COM (2003)702 final, p. 15-16.

<sup>724</sup> Considerando nº 47 de la Directiva 2000/31/CE: “Los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general. Esto no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional”.

web claramente delimitados sí puede resultar perfectamente conforme al Derecho de la Unión Europea.

## §2. La legalidad de las medidas de bloqueo del acceso

**337.** A pesar de lo afirmado en el apartado anterior, el régimen de exoneración de responsabilidad reconocido por la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico en beneficio de los prestadores de servicios de intermediación en Internet no es, en modo alguno, incompatible con la imposición a los mismos de un deber de cooperar para hacer cesar una infracción o impedirla. En este sentido, además de la obligación de retirar los contenidos ilícitos de los que tengan eventualmente conocimiento (por ejemplo, tras una notificación por parte de los titulares de derechos), estos prestadores de servicios pueden quedar obligados a adoptar una serie de medidas destinadas a suprimir el acceso a los sitios web que ponen a disposición del público obras sin autorización. Como afirma A. LUCAS-SCHLOETTER<sup>725</sup>, las limitaciones de responsabilidad reconocidas en la Directiva sobre comercio electrónico se refieren únicamente a la vertiente reparadora de la acción de *contrefaçon*. El considerando nº 45 de dicha Directiva aclara, en este sentido, que: “las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en la presente Directiva no afectan a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella”<sup>726</sup>.

**338.** Así lo ha establecido el TJUE, cuya Sentencia *Telekabel*<sup>727</sup> de 27 de marzo de 2014 confirma que la interpretación aparentemente restrictiva acerca del alcance de

---

<sup>725</sup> A. LUCAS-SCHLOETTER, “La cessation de la contrefaçon”, *op. cit.* p. 209 y s.

<sup>726</sup> Los artículos 12 a 14 de la Directiva sobre comercio electrónico sólo otorgan protección en el ámbito civil frente a las acciones por daños y perjuicios, por lo que las acciones de cesación y las medidas cautelares quedan a salvo, tal y como se recuerda en los arts. 12.3, 13.2 y 14.3 de dicha Directiva.

<sup>727</sup> STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel Wien y Constantin Film Verleih*: D. 2014, p. 1246, nota C. Castets-Renard; *ibid.* p. 2078, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2014, p. 609, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2014, p. 283, édito. J.-P. Jacqué; *ibid.* 2015, p. 173, obs. F. Benoît-Rohmer: Dos productoras cinematográficas, tras comprobar que un sitio de Internet ofrecía, sin su consentimiento, la posibilidad de descargar o de ver en *streaming* algunas de las películas que habían

la acción de cesación en los precedentes asuntos *Scarlet* y *SABAM* venía motivada por la generalidad de las medidas de filtrado solicitadas. Las medidas de bloqueo del acceso, con un contenido más específico, son así perfectamente posibles. De hecho, tanto las normas establecidas en la Directiva sobre el comercio electrónico, como su interpretación por el TJUE, no han impedido conferir un alcance amplio a la acción de cesación (A), tan sólo moderado por el principio de proporcionalidad (B).

### **A. La configuración amplia de la acción de cesación**

**339.** La acción de cesación, cuya regulación a nivel europeo se encuentra establecida en los artículos 9.1 a) y 11 de la Directiva 2004/48/CE y 8.3 de la Directiva 2001/29/CE, ha sido transpuesta en los diferentes Estados miembros, y se configura en la actualidad como una de las soluciones más eficaces para combatir las infracciones de derechos que se producen en las redes digitales. Estos procedimientos no se encuentran, por el momento, totalmente armonizados, de manera que las disposiciones citadas han dejado a las diferentes legislaciones nacionales la capacidad de definir sus modalidades, así como las condiciones de su puesta en funcionamiento<sup>728</sup>. La generalidad de los términos en que aparece redactada se refleja asimismo en el texto de las disposiciones que la transponen en el Derecho de los Estados miembros, configurándola como una acción de alcance amplio. Si bien la legislación española se ha limitado a una transcripción prácticamente literal de lo contenido en la normativa europea en los artículos 138, párrafo 4º<sup>729</sup> y 139.1.h TRLPI<sup>730</sup>, el legislador francés, en su artículo L.

---

producido, solicitaron del tribunal competente la adopción de medidas cautelares para que se ordenase a *UPC Telekabel*, proveedor de acceso a Internet, a bloquear el acceso de sus clientes al sitio de Internet en cuestión.

<sup>728</sup> En este sentido, el considerando nº 59 de la Directiva 2001/29/CE afirma que las disposiciones reguladoras de las medidas cautelares que, en virtud del artículo 8, apartado 3, de dicha Directiva, deben establecer los Estados miembros, como las relativas a los requisitos que han de concurrir y el procedimiento que ha de seguirse, pertenecen al ámbito del Derecho nacional. En el mismo sentido, el considerando nº 23 de la Directiva 2004/48/CE establece que “sin perjuicio de cualesquiera otras medidas, procedimientos y recursos de que se disponga, los titulares de derechos deben tener la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios se utilicen por terceros para infringir el derecho de propiedad industrial del titular. Las condiciones y modalidades relacionadas con esos mandamientos judiciales se dejan a la discreción de las legislaciones nacionales de los Estados miembros [...]”.

<sup>729</sup> Art. 138 TRLPI: “Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad

336-2 CPI<sup>731</sup> ha enriquecido su redacción con serie de precisiones. Este último artículo dispone que “en presencia de una violación a un derecho de autor o a un derecho vecino ocasionada por el contenido de un servicio de comunicación al público en línea, el tribunal de primera instancia, pronunciándose en su caso en la forma de las medidas provisionales, puede ordenar, a petición de los titulares de derechos sobre las obras y objetos protegidos, de los organismos de gestión colectiva regidos por el Título II del Libro III o de los organismos de defensa profesional a los que se refiere el artículo L. 331-1, todas las medidas propias a prevenir o a hacer cesar dicha violación a un derecho de autor o derecho vecino, dirigidas a toda persona susceptible de contribuir a poner remedio. La demanda puede ser igualmente efectuada por el Centre national du cinéma et de l'image animée”.

**340.** En consecuencia, el carácter amplio así conferido a la acción de cesación a la que aquí nos referimos se refleja tanto en la configuración de las partes en dicha acción (1), como en lo que respecta a la tipología de medidas que pueden ser ordenadas (2).

### ***1. Las partes en la acción de cesación***

**341.** Una particularidad de la transposición francesa de la acción de cesación, y que le otorga un carácter especialmente amplio, es el hecho de que su ejercicio no queda reservado a los titulares de los derechos sobre las obras u otras prestaciones protegidas por un derecho conexo. En efecto, las medidas de cesación pueden ser solicitadas por una persona que no es, en sí misma, titular del derecho de autor o derecho conexo cuya violación es invocada. El artículo L. 336-2 CPI permite así su ejercicio a los titulares de derechos sobre las obras y objetos protegidos, a sus causahabientes, a los organismos de gestión colectiva regidos por el título II del libro III, a los organismos de defensa profesional señalados en el artículo L. 331-1, e incluso a un organismo público como el

---

de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias”.

<sup>730</sup> Art. 139.1.h) TRLPI: El cese de la actividad ilícita podrá comprender “la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.

<sup>731</sup> Artículo introducido por medio de la Ley n° 2009-669 de 12 de junio de 2009 *favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* (“Ley Hadopi I”).

*Centre national du cinéma et de l'image animée*. Esta apertura propia de la legislación francesa ha permitido no sólo a las entidades de gestión solicitar las medidas de cesación<sup>732</sup>, sino también a un sindicato profesional<sup>733</sup>.

**342.** Por cuanto respecta al legitimado pasivo, la característica principal de la acción de cesación de la que aquí nos ocupamos reside, como hemos visto, en la posibilidad de que las medidas destinadas a frenar los efectos de la infracción de derechos sean ordenadas a un sujeto cuya actividad no puede ser calificada como vulneradora de los derechos de autor. El requerimiento que ordena la adopción de medidas destinadas al cese de la actividad ilícita es, por tanto, independiente de toda responsabilidad, directa o indirecta del operador en la infracción de derechos<sup>734</sup>. Es fundamental, en este sentido, distinguir entre la cesación del ilícito y la reparación del daño<sup>735</sup>. A modo de ilustración de esta independencia entre la acción de cesación y la acción de responsabilidad civil, podemos citar la SAP de Barcelona<sup>736</sup> (Sección 15ª), de 24 de febrero de 2011. El asunto versaba sobre una web de enlaces – “El rincón de Jesús” – desde la cual se permitía el acceso y el intercambio de archivos por medio de

---

<sup>732</sup> TGI Paris, 3º ch., de 4 de diciembre de 2014, nº 14/03236, *SCPP y Orange, Free, SFR et Bouygues Telecom: D.* 2015, p. 2214, obs. Tréfigny: en este caso, la acción de cesación había sido ejercitada por la *Société civile des producteurs phonographiques* (SPPF). En el mismo sentido, a pesar de que la legislación española no establece ninguna precisión sobre quiénes pueden ser los legitimados activos de la acción de cesación, *vid.* la SJM nº 2 de Barcelona, nº 219/2016 de 25 de julio de 2016, y en apelación SAP de Barcelona (Secc. 15ª), nº 115/2018, de 20 de febrero de 2018, donde actuaba como parte demandante la *Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales* (AGEDI).

<sup>733</sup> Cas. 1º civ., de 12 de julio de 2012, *Google Suggest*: en este caso, la acción de cesación había sido ejercitada por el *Syndicat national de l'édition phonographique* (SNEP); TGI Paris, réf., de 28 de noviembre de 2013: la acción fue ejercitada por varios sindicatos de productores de contenidos audiovisuales (*Association des producteurs de cinéma* (APC), *Fédération nationale des distributeurs de films* (FNDF), *Syndicat de l'édition vidéo numérique* (SEVN), *Union des producteurs de films* (UPF), *Syndicat des producteurs indépendants* (SPI)).

<sup>734</sup> A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 1018, cuya rúbrica del nº 1300 se titula “Article L. 336-2: indifférence de la faute”. El artículo 138 TRLPI es explícito en este punto, por cuanto afirma que las medidas de cesación podrán solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir los derechos de propiedad intelectual, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción”. Como afirma C. BERNAULT, la acción de cesación es una acción distinta de la llamada *action en contrefaçon*, y tiene carácter autónomo (C. BERNAULT, “Droit d’auteur : précisions sur l’action en cessation de l’article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle”, *Lexbase Hebdo ed. affaires*, nº 34, 9 janvier 2014). *Vid.* también en este sentido la STJUE (Sala Segunda) de 7 de julio de 2016, asunto C-494/15, *Tommy Hilfiger*, apartado nº 22: “Es jurisprudencia reiterada que el artículo 11, tercera frase, de la Directiva 2004/48, al igual que el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29, al que se remite, obligan a los Estados miembros a garantizar que el intermediario cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual pueda estar obligado, con independencia de su propia responsabilidad en los hechos controvertidos, a adoptar medidas al objeto de que cesen las infracciones y medidas al objeto de prevenir nuevas infracciones [...]”.

<sup>735</sup> G. VINEY, “Introduction à la responsabilité”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 3º éd., 2008, p. 94 y 95.

<sup>736</sup> SAP de Barcelona, núm. 83/2011 (Sección 15ª) de 24 de febrero de 2011 (AC 2011/86), Caso “El Rincón de Jesús” (FJ 5º).



una red *peer-to-peer*. La Audiencia Provincial no dudó en afirmar que quien introduce en una carpeta de archivos compartidos un archivo, pudiendo cualquiera que tenga un programa *peer-to-peer* tener acceso al mismo, realiza un acto de explotación. Sin embargo, el Derecho entonces vigente en España no permitía imputar en estos casos la responsabilidad al titular de la web de enlaces<sup>737</sup>. No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial matiza que “aunque estos actos indirectos o secundarios no se aprecian incluidos en el texto legal como constitutivos *per se* de una infracción de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, y no pueden fundar por ello una acción resarcitoria, sí podrían dar lugar a un pronunciamiento de cesación, a la vista de como se regula en el art. 138.III en relación con el art. 139.o.1.h) TRLPI”. Sin embargo, para ello, hubiera sido necesario que la acción de cesación se hubiera fundado en la “infracción de terceros y como medio para impedir que persista”, y no, como se hacía en la demanda, “como medio para impedir la prolongación de la denunciada actividad infractora del demandado”.

En definitiva, la acción de cesación no es una acción destinada a exigir la responsabilidad civil o penal, sino una acción destinada a hacer cesar el daño. Esta circunstancia es la que permite que este tipo de medidas puedan ser ordenadas a un sujeto que no es infractor, por el mero hecho de encontrarse en situación de poner remedio a la vulneración de derechos<sup>738</sup>. De hecho, el reconocimiento de la acción de cesación como una acción autónoma hace que la misma pueda ejercitarse frente a los intermediarios sin necesidad de acumular otras acciones contra los responsables directos o indirectos de la infracción, pudiendo el demandante limitarse a solicitar la suspensión del servicio solicitado por terceros para infringir los derechos de propiedad intelectual<sup>739</sup>. Es posible apreciar, a través de este hecho, una ilustración más de la extensión del derecho exclusivo para restaurar la eficacia perdida en el ámbito de las redes digitales.

---

<sup>737</sup>*Vid. supra*, nº 186.

<sup>738</sup>La acción de cesación establecida en los artículos 9.1 a) y 11 de la Directiva 2004/48/CE y 8.3 de la Directiva 2001/29/CE está especialmente destinada a exigir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que no pueden ser tenidos por responsables en virtud de las disposiciones de la Directiva sobre el comercio electrónico, que cooperen en la lucha contra la infracción de derechos por la simple razón de que son, a menudo, los mejor situados para poner fin a la misma.

<sup>739</sup>P. LLOPIS NADAL, “El ejercicio de la acción de cese contra el intermediario no infractor (Las dudas suscitadas en torno a la aplicación del artículo 138.IV frente a los ilícitos cometidos en Internet)”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual* nº 59 (mayo-agosto 2018), p. 51-99, en p. 60-61.

**343.** El ejercicio de la acción de cesación contra un sujeto no infractor queda, en consecuencia, subordinado a la condición de que éste posea la cualidad de “intermediario”, en el sentido de que proporcione un servicio susceptible de ser empleado por un tercero para vulnerar un derecho de propiedad intelectual. Poseen, sin duda, esta cualidad los proveedores de acceso a Internet<sup>740</sup>, las plataformas de venta de artículos en línea<sup>741</sup> o una red social<sup>742</sup>.

**344.** Los proveedores de servicios de acceso han sido, hasta la fecha, los principales destinatarios de las medidas de cesación ordenadas por los tribunales<sup>743</sup>. En su STJUE *Telekabel*, el Tribunal de Justicia afirmó que el proveedor de acceso a Internet es un actor obligado de toda transmisión por Internet de una infracción entre uno de sus clientes y un tercero, puesto que, al conceder acceso a la red, hace posible dicha transmisión. Cabe así considerar que un proveedor de acceso a Internet que permite a sus clientes acceder a prestaciones protegidas puestas a disposición del público en Internet por un tercero, es un intermediario a cuyos servicios se recurre para infringir derechos de autor o derechos afines a los de autor<sup>744</sup>. De esta forma, el TJUE no sólo pone el acento en la utilización que el infractor puede hacer, aunque sea indirectamente, de los servicios del proveedor de servicios de acceso a Internet, sino también en el hecho de gracias a los servicios de dicho proveedor, sus clientes pueden acceder a los contenidos puestos en línea por el sitio web infractor. En el mismo sentido, el *Tribunal de Grande Instance* de París ha afirmado, con respecto a la actividad de los proveedores de acceso a Internet y de los motores de búsqueda, que estos intermediarios “permiten, por la mera puesta a disposición de los medios técnicos de un servicio de comunicación electrónica al público en línea, que los operadores de los sitios en cuestión, cuyo objeto y actividad se dedican a la infracción de derechos, posibiliten a sus abonados el acceso a los mencionados sitios”. La consecuencia lógica

---

<sup>740</sup> STJUE de 27 de marzo de 2014, *UPC Telekabel Wien y Constantin Film Verleih*, anteriormente citada.

<sup>741</sup> STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C- 324/09, *L'Oréal SA, Lancôme Parfums, Laboratoires Garnier y L'Oréal UK y eBay International, eBay Europe, eBay UK c: D.* 2011 p. 1965, nota C. Manara; CCE 2011, Comm. 99, nota Ch. Caron; JCP E 2011, p. 509, nota Caron; *Prop. ind.* 2011, Comm. 71, nota Folliard-Monguiral; *RLDI* 2011/74, n°2444, nota L. Costes y n° 2460, obs. C. Castets-Renard.

<sup>742</sup> STJUE de 12 de febrero de 2012, *SABAM y Netlog*, anteriormente citada.

<sup>743</sup> STJUE de 27 de marzo de 2014, *UPC Telekabel Wien y Constantin Film Verleih*, anteriormente citada; TGI París, 3° ch., de 4 de diciembre de 2014, *The Pirate Bay*; D. 2015, p. 2214, obs. Tréfigny; Cas. 1<sup>ère</sup> civ., de 6 de julio de 2017, *SFRm Orange, Free et a. y Union des producteurs de cinéma et a.: Legipresse* n° 353, octubre 2017, p. 489-494, T. Douville; SJM n° 2 Barcelona, n° 219/2016 de 20 de julio de 2016; SJM n° 6 de Barcelona, n° 15/2018, de 12 de enero de 2018.

<sup>744</sup> Apartado n° 32 de la STJUE de 27 de marzo de 2014, *UPC Telekabel Wien y Constantin Film Verleih*, anteriormente citada.

de ello es que, bloqueando el acceso a los sitios litigiosos, estos proveedores de acceso a Internet pueden impedir o reducir las vulneraciones al derecho de autor<sup>745</sup>.

**345.** Cabe, no obstante, preguntarse si el concepto de “intermediario” al que se refieren los artículos 9.1 a) 11 de la Directiva 2004/48/CE y 8.3 de la Directiva 2001/29/CE se limita a las categorías de prestadores de servicios de intermediación enumeradas en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2001/31/CE sobre comercio electrónico, o puede referirse a cualquier otra persona que se encuentre en situación de contribuir a frenar la infracción o a reducir su magnitud. Del considerando nº 59 de la Directiva de 2001 se desprende que el término “intermediario” empleado en el artículo 8, apartado 3, de dicha Directiva designa a cualquier persona “que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero”. Si bien es evidente que los prestadores de servicios de intermediación a los que se refiere la Directiva sobre comercio electrónico entran dentro de esta definición, la noción de “intermediario” a la que se refieren los textos europeos, en las disposiciones relativas a la acción de cesación, no parece tener que limitarse a estas categorías<sup>746</sup>. De hecho, una cuestión prejudicial fue planteada ante el TJUE en la cual el Tribunal remitente preguntaba si el concepto de “intermediario cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual” que figura en la tercera frase del artículo 11 de la Directiva incluía al arrendatario de un mercado cubierto que subarrenda puestos de venta a los comerciantes. En su Sentencia de 7 de julio de 2016<sup>747</sup>, el TJUE afirma que “para considerar que un operador económico está incluido en la condición de “intermediario”, [...] debe demostrarse que presta un servicio que puede ser utilizado por una o varias personas para infringir derechos de propiedad intelectual, sin que sea necesario que mantenga una relación particular con estas personas”. El hecho de que la puesta a disposición de puestos de venta se refiera a un

---

<sup>745</sup> TGI Paris, réf., de 28 de noviembre de 2013, nº 11/60 013, *Allostreaming*.

<sup>746</sup> C. CASTETS-RENARD, “La coopération des fournisseurs d'accès à l'internet dans la lutte contre la contrefaçon: quelques précisions d'envergure”, *D.* 2014, p. 1246; P. LLOPIS NADAL, “El ejercicio de la acción de cese contra el intermediario no infractor...”, *op. cit.*, p. 51-99, en p. 61-62: “..., en cuanto el artículo 138.IV se refiere a intermediarios de todo tipo – independientemente de que actúen en el ámbito digital o en el ámbito analógico –, cuando las infracciones se cometen a través de Internet este concepto ha de ser de interpretación amplia; en el ordenamiento jurídico español, ello exige no limitarnos a la definición “servicios de la sociedad de la información” que proporciona el punto a) del Anexo a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”.

<sup>747</sup> STJUE (Sala Segunda), de 7 de julio de 2016, asunto C-494/15, *Tommy Hilfiger Licensing LLC et a. y Delta center: Propr. industr.* 2016, comm. 6, A. Folliard-Monguiral; *JCP E* 2016, 623; *Gaz. Pal.* 2016, nº 37, p. 22, nota L. Marino; *CCE* 2016, comm. 68, C. Caron; *Légipresse* 2016, p. 627, Y. Basire y P. Darnand; *Propr. industr.* 2016, chron. 9, Y. Basire.

mercado electrónico o a un mercado físico, como los mercados cubiertos, carece de incidencia a este respecto, puesto que de la Directiva 2004/48 no se desprende que su ámbito de aplicación se limite al comercio electrónico<sup>748</sup>. Consecuencia de ello es que una entidad que subarrienda locales en un mercado físico tiene la condición de intermediario, pero también, la Sentencia parece sugerir que el concepto de intermediario ha de interpretarse de forma amplia. En este sentido, es significativo el hecho de que la transposición francesa de estas disposiciones en el artículo L. 336-2 CPI haya sustituido el término de “intermediario” por la expresión “toda persona susceptible de contribuir a poner remedio”<sup>749</sup>.

**346.** Por otra parte, los motores de búsqueda también se han visto obligados por la jurisprudencia francesa a adoptar algunas medidas de cesación, a pesar de que éstos no figuran dentro de las categorías citadas en la Directiva sobre el comercio electrónico<sup>750</sup>. Como afirma Th. MAILLARD<sup>751</sup>, los motores de búsqueda, independientemente de toda responsabilidad, ocupan una posición preeminente en Internet que les permite “hacer y deshacer una audiencia”. Estos actores ofrecen uno de los principales medios de acceso a los recursos dispersos en las redes, de manera que el servicio de referenciamiento que operan puede tener como efecto ampliar la infracción de derechos. Estas circunstancias justifican que los motores de búsqueda hayan podido ser considerados como sujetos pasivos de la acción de cesación<sup>752</sup>. La *Cour d’appel* de París<sup>753</sup>, rechazó precisamente interrogar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión, afirmando que la generalidad de los términos empleados en la Directiva de 2001 (“intermediarios”), así como en el artículo L. 336-2 del CPI (“toda persona”), permite que los motores de búsqueda entren dentro del campo de aplicación de estos textos: “por medio de los hipervínculos, los motores de búsqueda de Internet – que no tienen únicamente una función limitada y puramente neutra de indexación y

---

<sup>748</sup> Apartados nº 23 y 29 de la STJUE de 7 de julio de 2016, *Tommy Hilfiger Licensing LLC et a. y Delta center*: anteriormente citada.

<sup>749</sup> Sin embargo, la transposición francesa parece limitar el alcance de la acción de cesación a las infracciones cometidas en línea, por cuanto se refiere, en el artículo L. 336-2, a las infracciones del derecho de autor “ocasionadas por el contenido de un servicio de comunicación al público en línea”.

<sup>750</sup> El legislador español, por el contrario, sí ha previsto un régimen específico de responsabilidad para los motores de búsqueda (art. 17 LSSI), que coincide con el de los prestadores de servicios de alojamiento de datos.

<sup>751</sup> Th. MAILLARD, “Le(s) statut(s) des moteurs de recherche”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 177.

<sup>752</sup> CA Paris de 3 de mayo de 2011, *Google Suggest: RIDA* abril 2011, p. 365, obs. P. Sirinelli; CA Paris de 15 de marzo de 2016, *Allostreaming: Dalloz IP/IT* 2016, p. 372, nota C. Le Goffic; *Prop. intell.* 2016, p. 344, obs. J.-M. Bruguière.

<sup>753</sup> CA Paris de 15 de marzo 2016, *Allostreaming*, anteriormente citada.

referenciamiento – participan efectivamente, como los proveedores de acceso a Internet, en la transmisión en las redes de una violación de derechos cometida por un tercero de una obra protegida, lo cual corresponde a la definición del término “intermediario”. En los mismos términos se pronunció, la *Cour de cassation*, ordenando una serie de medidas de cesación al motor de búsqueda *Google Suggest*<sup>754</sup>.

**347.** Pero, más allá de los motores de búsqueda, se plantea la duda de si la acción de cesación podría dirigirse contra todo aquel que participe, de alguna manera, en el ecosistema de la distribución no autorizada de las obras del espíritu, especialmente aquellos sujetos cuya contribución no es de tipo técnico, sino económico o financiero. Nos referimos aquí a las empresas publicitarias que insertan anuncios en páginas web dedicadas a la distribución no autorizada de obras protegidas, así como a los operadores de pagos en línea<sup>755</sup>. En este sentido, la Comisión Europea ha impulsado recientemente la implicación voluntaria de estos actores en la lucha contra la infracción de derechos, mediante su iniciativa conocida como “*follow the money*”<sup>756</sup>. Ésta se basa en que la privación de los ingresos económicos que obtienen los sitios web dedicados a la infracción de derechos conduciría, en la práctica, a su desaparición. Si bien la estrategia de la Comisión Europea es la de fomentar que ciertos actores se comprometan, de forma voluntaria, a colaborar para poner fin a las infracciones de derechos, la ordenación de medidas de cesación a las empresas publicitarias y a los servicios de pagos electrónicos podría resultar igualmente útil.

**348.** Una serie de medidas que siguen esta tendencia han sido, de hecho, introducidas por el legislador español mediante la reforma operada por medio de la Ley 21/2014<sup>757</sup> en el marco de las disposiciones que regulan el procedimiento de restablecimiento de la legalidad llevado a cabo por la Sección Segunda de la Comisión

---

<sup>754</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, n° 11-20.358, *Google Suggest*: D. 2012, p. 1880, obs. C. Manara; *ibid.* p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; *ibid.* p. 2836, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2012, p. 771, obs. F. Pollaud-Dulian; *Gaz. Pal.* 25-26 juill. 2012, n° 208, p. 9, comm. C. Le Goffic.

<sup>755</sup> La infracción de derechos de autor no es algo reservado a los sitios web gratuitos, o aparentemente gratuitos, para el usuario final. Algunos de ellos funcionan mediante suscripciones de pago que permiten acceder a un mayor número de contenidos, a un formato de una calidad superior, o bien a una mayor velocidad de descarga. Aquí intervienen las empresas que permiten que el usuario realice el pago en línea. Acerca de las actividades de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad en Internet, *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 5ª ed., Thomson Reuters Civitas - Aranzadi, 2015, n° 954, p. 941-942 y n° 84 y s., p. 103 y s., respectivamente.

<sup>756</sup> Sobre esta cuestión *vid. infra*, n° 479.

<sup>757</sup> Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

de Propiedad Intelectual, y establecido en el art. 195 del TRLPI<sup>758</sup>. En dicho procedimiento, cobran especial importancia las medidas de cesación, las cuales se dirigirán, ante todo, contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual (art. 195.4 TRLPI). El artículo 195.5 TRLPI prevé, no obstante, en su párrafo 1º, que “en caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor”. El párrafo 2º de dicho artículo añade que “en la adopción de las medidas de colaboración la Sección Segunda valorará la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor”.

De la lectura de estas disposiciones se desprende que, en el marco del procedimiento español de restablecimiento de la legalidad, la colaboración de los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad tiene un carácter subsidiario, puesto que lo que se pretende ante todo es que estas medidas conduzcan al cese voluntario de la infracción por parte del sujeto que lleva a cabo el acto de explotación no autorizado<sup>759</sup>. Sin embargo, el párrafo 5º del artículo 195.5 castiga con severidad la falta de colaboración por parte de estos actores, estableciendo que la misma será considerada como infracción<sup>760</sup>. Todo ello nos lleva a considerar que, en caso de revelarse útiles, las medidas de cesación podrían ser igualmente ordenadas a los sujetos

---

<sup>758</sup> R. CASAS VALLÉS, “Comentario a los artículos 158-158 ter LPI”, in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 2088-2175.

<sup>759</sup> Sin embargo, al tratarse de un procedimiento, en principio más sencillo y rápido, la mayoría de las medidas de cesación en España se están adoptando por esta vía. Entre las órdenes de bloqueo más recientes que previamente habían sido autorizadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual se encuentran el bloqueo de la página web [www.booksmedicos.org](http://www.booksmedicos.org) (Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 12 de Madrid de 19 de julio de 2019), a través de la cual se ponían a disposición del público un total de 3.000 obras literarias sobre materias científico-técnicas; y el bloqueo de la página web de videojuegos [www.emudesc.com](http://www.emudesc.com) (Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, 25 de junio de 2019).

<sup>760</sup> El párrafo 6º del art. 195.5 TRLPI establece, en todo caso, que “la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente, ante el incumplimiento del requerimiento de retirada o interrupción, emitido conforme al apartado anterior, por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información responsable de la vulneración, exigirá la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

que aportan un sustento económico a los sitios de Internet dedicados a la infracción de derechos<sup>761</sup>.

**349.** Por otra parte, si el primer requisito para la ordenación de medidas de cesación a un sujeto no infractor es que el mismo pueda ser considerado como un “intermediario”, un segundo requisito exige la presencia de una infracción de derechos. La exigencia es lógica si se tiene en cuenta que los requerimientos contra el infractor para el cese de la actividad ilícita no pueden ser emitidos sino en presencia de una decisión judicial que declare la existencia de una infracción. No sería, pues, coherente exigir a un sujeto cuya actividad no es constitutiva de una infracción de derechos lo que no es exigible a los propios infractores, imponiéndole con ello una prevención de vulneraciones futuras o potenciales. Ello podría ser equivalente a la imposición de una obligación general de supervisión que se encuentra prohibida por el artículo 15.1 de la Directiva 2000/31/CE.

Lo anterior no obsta para afirmar la ausencia de carácter subsidiario de la acción de cesación. Es decir, el ejercicio de esta acción no queda subordinado a la condición de que el demandante se haya dirigido previamente, y en vano, contra los titulares de un servicio en línea que vulnere los derechos de autor<sup>762</sup>. Este hecho, además de conferir un alcance amplio a la acción de cesación, la dota de especial eficacia ya que, en muchos casos, la localización del infractor se revela como una tarea extremadamente compleja. Esta amplitud de la acción de cesación se refleja asimismo en la diversidad de medidas que pueden ser ordenadas.

---

<sup>761</sup>En sentido contrario, P. LLOPIS NADAL, “El ejercicio de la acción de cese contra el intermediario no infractor...” *op. cit.*, p. 64: “Mención aparte merecen los prestadores de servicios de pagos electrónicos y de publicidad [...] En defecto de jurisprudencia del TJUE sobre si pueden ser calificados como intermediarios a efectos de la orden judicial de cese reconocida en las Directivas de la Unión – y a pesar de que se ha defendido que este concepto sea objeto de interpretación amplia –, consideramos que el art. 138.IV no les atribuye legitimación pasiva a quienes prestan servicios de pago electrónico o de publicidad. Contribuye a sostener lo indicado que la referida disposición no los prevea de manera expresa – como si lo hace el art. 195.5 LPI –, así como el hecho de que, directamente, no sean intermediarios a cuyos servicios recurre un tercero para infringir – cuestión distinta es que le permitan obtener el incentivo económico para cometer los ilícitos –.

<sup>762</sup>A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER y C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1301, p. 1019; A. LUCAS-SCHLOETTER, “La cessation de la contrefaçon”, *op. cit.* p. 209 y s. Por el contrario, en el marco del procedimiento de restablecimiento de la legalidad, las medidas de cesación sí tienen un carácter subsidiario, ya que el primer paso consiste en exigir el cese de la actividad ilícita al propio infractor.

## **2. La tipología de medidas de bloqueo del acceso**

**350.** Las Directivas 2001/29/CE y 2004/48/CE establecen que los Estados miembros velarán por que los titulares de derechos puedan solicitar medidas cautelares, o bien, por que se dicten mandamientos judiciales, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, nada se especifica sobre el contenido de dichas medidas, ya sean cautelares o definitivas, especialmente en cuanto a su tipología.

**351.** Por su parte, el legislador español habla, en el artículo 139.1.h) TRLPI, de la suspensión de servicios prestados por intermediarios a terceros, mientras que el artículo L. 336-2 CPI francés ofrece al juez la posibilidad de ordenar “todas las medidas propias a prevenir o a hacer cesar” la infracción de derechos. Como hemos visto anteriormente, si bien no se excluye que las medidas de cesación tengan un carácter preventivo, la acción de cesación no puede consistir en medidas de filtrado que llevarían a controlar el conjunto de las informaciones transferidas o almacenadas por los intermediarios con el fin de detectar aquellas que contienen objetos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, y cuya puesta a disposición no cuenta con la debida autorización de los titulares de derechos. Por el contrario, sí son válidas las medidas de bloqueo cuya finalidad es la de impedir la transmisión y el almacenamiento de los datos ya identificados como susceptibles de vulnerar los derechos de propiedad intelectual<sup>763</sup>.

**352.** La acción de cesación puede consistir en medidas de diverso tipo. El artículo L. 336-2 CPI reconoce este carácter heterogéneo de las medidas que pueden ser ordenadas, por cuanto se refiere a “todas las medidas propias para prevenir o cesar la infracción de derechos”<sup>764</sup>. El punto de convergencia de todas ellas es su finalidad de bloquear o impedir el acceso de los usuarios a los contenidos difundidos sin la autorización del titular de derechos. Es decir, no se trata de ordenar el cierre de una página web, ni la retirada de los contenidos ilegalmente puestos en línea – medidas que sólo pueden ser requeridas al infractor – sino de impedir o dificultar que el público pueda acceder a dicha página o a determinados contenidos de la misma. La lógica de

---

<sup>763</sup> Sobre la diferencia entre las medidas de filtrado y las medidas de bloqueo, *vid.* A. NERI, “L’injonction de filtrage rendue à l’égard d’un intermédiaire : une mesure controversée aux conséquences redoutables”, *CCE* janvier 2012, études n° 3, p. 1-7.

<sup>764</sup> Ch. CARON, “Exégèse de l’article L. 336-2 du Code de la Propriété Intellectuelle”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 107-118, en la p. 113 (n° 6).



acceso se encuentra de esta forma presente en estos nuevos mecanismos de lucha contra las infracciones de derechos.

**353.** Por lo que se refiere a las medidas concretas en que la acción de cesación puede materializarse, su tipología quedará estrechamente vinculada a la actividad del sujeto a quién tales medidas son ordenadas. Así, cuando la adopción de una medida de cesación sea requerida a un proveedor de servicios de acceso a Internet, lo que se solicitará es el bloqueo del acceso a una página web por parte de los internautas, lo cual implicará en la práctica bloquear los nombres de dominio o la dirección IP.

En este contexto, cabe también citar un supuesto singular en España, en el cual la orden de cesación dirigida a un proveedor de servicios de acceso a Internet tuvo como objeto la suspensión individual de la conexión a Internet de uno de sus clientes por haber procedido a la descarga de importantes volúmenes de obras y prestaciones protegidas por medio de una red *peer-to-peer*<sup>765</sup>. Una vez afirmado que el intercambio masivo de archivos de contenido audiovisual a través de las plataformas *peer-to-peer* infringe los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual reserva en exclusiva a los autores, la Audiencia Provincial de Barcelona recurre a los artículos 138 y 139.1.h) TRLPI, ya que éstos permiten que los titulares de derechos dirijan su pretensión de cese de la actividad ilícita contra los intermediarios a cuyos servicios recurre el infractor, aunque los actos de éstos no constituyan en sí mismos una infracción. En esta situación de encontraba la empresa de telecomunicaciones que prestaba el servicio de conexión a Internet uno de sus clientes. Como quedo expuesto anteriormente, el Derecho vigente en España en aquel momento, así como su interpretación por la jurisprudencia, había garantizado una inmunidad prácticamente total a los internautas españoles, aun cuando constaba fehacientemente que algunos usuarios procedían de forma masiva al intercambio y la descarga de contenidos protegidos por un derecho de autor, actos que constituyen una violación del derecho exclusivo<sup>766</sup>. Éste supuesto singular en el cual un usuario individual se ha podido ver directamente afectado por un pronunciamiento judicial como consecuencia de su comportamiento infractor, al mismo tiempo que sirve de ilustración del carácter abierto y heterogéneo de las medidas de cesación.

---

<sup>765</sup> SAP de Barcelona (Sección 15ª) nº 470/2013, de 18 de diciembre de 2013.

<sup>766</sup> Vid. *supra*, nº 172 y s.

**354.** Por otra parte, cuando un requerimiento de cesación se dirija a un motor de búsqueda, se tratará de que éste suprima las palabras clave que dirigen a contenidos infractores<sup>767</sup>, o bien, que elimine de la página de resultados los nombres de las páginas web que se dedican manifiestamente a la infracción de derechos<sup>768</sup>. Como afirma la *Cour d'appel* en su Sentencia *Allostreaming*, “la conjunción de las medidas de bloqueo por los principales proveedores de servicios de acceso a internet y de las medidas de desindexación por parte de los motores de búsqueda [...], contribuye a hacer aún más difícil el acceso de los internautas a las páginas infractoras [...]”<sup>769</sup>. En ambos casos, no estaríamos ante una orden de vigilancia de tipo general, sino especial, por cuanto el sitio web al que se pretende impedir el acceso, o que desaparezca de los resultados de búsqueda, está claramente identificado.

**355.** Por último, una medida de cesación impuesta a los intermediarios que aportan un sustento de tipo financiero a los sitios web dedicados a la infracción de derechos, consistirá en ordenar que las empresas publicitarias o de pagos electrónicos suspendan su colaboración con tales sitios de manera que la financiación quede bloqueada. Ello supone abstenerse de emplear los espacios publicitarios que ofrecen tales páginas web, o bien suspender la prestación de servicios de pagos electrónicos. Lo que se pretende en estos casos es dismantelar el modelo económico de estos sitios web, de manera que los mismos acaben cesando en su funcionamiento, lo cual implicaría, en definitiva, que el público dejaría de poder acceder a los sitios infractores.

**356.** En cuanto a su extensión, las medidas de cesación tienen, por el momento, una dimensión territorial, en el sentido de que lo que se ordena por medio de las mismas

---

<sup>767</sup>Civ. 1<sup>re</sup>, de 12 de julio de 2012, n° 11-20.358, *Google Suggest*: el motor de búsqueda *Google* dispone de una funcionalidad llamada *Google Suggest*, mediante la cual, cuando un internauta comienza a introducir los términos de búsqueda, una interfaz trata de predecir qué es lo que está buscando. El servicio muestra rápidamente una serie de palabras o expresiones, que coinciden con las más frecuentemente empleadas por los internautas que previamente habían hecho búsquedas similares. Por ejemplo, al introducir el nombre de un cantante o de los títulos de sus álbumes o canciones, pueden aparecer palabras como “*torrent*”, “*Megaupload*” o “*Rapidshare*”, las cuales se refieren a un protocolo o a los sitios web que permiten la descarga de ficheros. Suprimir este tipo de palabras clave puede, en consecuencia, dificultar que los internautas localicen en Internet las plataformas que difunden las obras y prestaciones protegidas a las que desean acceder cuando su puesta a disposición no cuenta con la autorización de los titulares de derechos.

<sup>768</sup>TGI Paris, réf., de 28 de noviembre de 2013, n° 11/60 013, *Allostreaming*, anteriormente citada: el TGI de París ordena a los motores de búsqueda a adoptar todas las medidas necesarias para impedir la aparición en sus servicios de cualquier resultado que conduzca hacia alguna de las páginas de los sitios “*Fifostream*” et “*dpstream*” y, en tanto en cuanto sea necesario, a los sitios “*allostreaming*”, “*alloshowTV*”, “*allosshare*” y “*allomovies*”, como respuesta a las búsquedas emanadas de los internautas, en todo el territorio francés.

<sup>769</sup>CA Paris de 15 de marzo de 2016, *Allostreaming*, anteriormente citada.

es bloquear o impedir el acceso a una plataforma en línea partir de un determinado territorio (Francia, España, etc.). Lo que sí permite la acción de cesación es bloquear los nombres de dominio extranjeros, en tanto en cuanto los mismos sean accesibles desde el territorio en cuestión. Este recurso resulta especialmente útil cuando las páginas web infractoras escapan de la jurisdicción de los tribunales nacionales. Ello evita tener que emprender acciones contra los titulares de una página web infractora que se encuentra alojada en el extranjero, de los cuales a menudo no puede obtenerse información suficiente, y cuyos titulares suelen ser difícilmente localizables. Pero al tener una dimensión territorial, la acción de cesación no puede impedir que el sitio web siga siendo accesible en el extranjero, y que mediante el empleo de ciertas tecnologías como los sistemas VPN, los usuarios de un territorio donde. En este sentido, es lamentable que no exista por el momento una suerte de “ventanilla judicial única” mediante la cual los titulares de derechos pudieran solicitar que el acceso a un mismo sitio web infractor fuese bloqueado simultáneamente en todos los Estados Miembros de la Unión Europea. Es significativo el hecho de que los diferentes países de nuestro entorno estén, unos tras otros, adoptando las mismas medidas para bloquear el acceso hacia algunos de los sitios más emblemáticos de intercambio no autorizado de obras protegidas, como es la plataforma *The Pirate Bay*<sup>770</sup>. Mientras los usuarios de otros Estados miembros puedan seguir accediendo a este tipo de plataformas, habrá más fuentes posibles de que la infracción de derechos se perpetúe o intensifique. La solución más óptima sería evidentemente un requerimiento a nivel mundial, pero una orden de bloqueo a nivel de la Unión Europea sería una solución beneficiosa para los titulares de derechos, ya que al menos reduciría los costes que les supone tener que entablar procedimientos judiciales en cada uno de los Estados miembros.

## **B. El principio de proporcionalidad como principio rector del alcance de la acción de cesación**

**357.** La acción de cesación, tal y como aparece regulada en los textos legales europeos y nacionales, se encuentra definida en unos términos muy amplios que han planteado no pocas dudas sobre su verdadero alcance. Algunas de estas dudas fueron

---

<sup>770</sup>Una lista exhaustiva de los países en que el acceso a la plataforma *The Pirate Bay* ha sido bloqueado puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.genbeta.com/actualidad/espana-es-solo-una-mas-estos-son-todos-los-paises-en-los-que-the-pirate-bay-esta-bloqueado>.

resueltas por el TJUE que, por medio de sus Sentencias *Scarlet* y *Netlog* y *Telekabel*<sup>771</sup>, asentó que, si bien cabe exigir la intervención de un intermediario no infractor para contribuir al cese de la infracción, dicha cooperación con los intereses de los titulares de derechos debe ser equilibrada. Ello justifica, entre otras cosas, que el requerimiento por el cual se ordenan tales medidas sólo pueda ser pronunciado por un juez<sup>772</sup>.

**358.** En base a este principio de proporcionalidad, el régimen jurídico de la acción de cesación, aún en construcción, ha sido afinado por la jurisprudencia. Ello ha permitido a los Tribunales determinar a quién corresponde elegir el tipo y la extensión de las medidas de cesación ordenas (1), quién ha de asumir los costes que puedan derivarse de su puesta en funcionamiento (2) y si las mismas pueden ser objeto de una actualización automática ante la aparición de nuevos sitios web infractores (3).

### ***1. La elección del tipo y la extensión de las medidas de cesación***

**359.** Un primer punto que ni la Directiva 2001/29/CE ni la Directiva 2004/48/CE especifican se refiere a cuál ha de ser la extensión de las medidas de cesación y a quién corresponde la elección de las medidas concretas que han de ser implementadas. El artículo L. 336-2 CPI, por su parte, habla de “todas las medidas propias para prevenir o a hacer cesar” una violación a un derecho de autor o derecho vecino. La amplitud de esta formulación motivó la emisión de una reserva de interpretación por parte del *Conseil constitutionnel* en su Decisión de 10 de junio de 2009<sup>773</sup> mediante la cual afirmaba que dichas medidas han de ser las estrictamente necesarias para la preservación de los derechos de autor y derechos vecinos: “el carácter excesivamente

---

<sup>771</sup>Vid. *supra*, nº 333 y s. y nº 338.

<sup>772</sup> Ch. CARON, “Exégèse de l’article L. 336-2 du Code de la Propriété Intellectuelle”, *op. cit.*, nº 4, p. 110. En este sentido, el art. 195.5 párrafo 6º TRLPI dispone que: “En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente, ante el incumplimiento del requerimiento de retirada o interrupción, emitido conforme al apartado anterior, por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información responsable de la vulneración, exigirá la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

<sup>773</sup> Cons. const. de 10 de junio 2009, nº 2009-580 DC, *AJDA* 2009, p. 1132; *D.* 2009, p. 1770, point de vue J.-M. Bruguière; *ibid.* p. 2045, point de vue L. Marino; *ibid.* 2010, p. 1508, obs. V. Bernaud y L. Gay; *ibid.* p. 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc y P. Tréfigny-Goy; *Dr. soc.* 2010, p. 267, chron. J.-E. Ray; *RFDA* 2009, p. 1269, chron. T. Rambaud y A. Roblot-Troizier; *Constitutions* 2010, p. 97, obs. H. Périnet-Marquet; *ibid.* p. 293, obs. D. de Bellescize; *RSC* 2009, p. 609, obs. J. Francillon; *ibid.* 2010, p. 209, obs. B. de Lamy; *ibid.* p. 415, étude A. Cappello; *RTD civ.* 2009, p. 754, obs. T. Revet; *ibid.* p. 756, obs. T. Revet; *RTD com.* 2009, p. 730, étude F. Pollaud-Dulian.

amplio e incierto de esta disposición podría conducir a las personas potencialmente aludidas (...) a restringir, a título preventivo, el acceso a Internet”. Añade, asimismo, que “corresponderá a la jurisdicción en cuestión limitarse a pronunciar, en el respeto de esta libertad, las medidas estrictamente necesarias para la preservación de los derechos en cuestión”. La extensión de las medidas que pueden ser ordenadas a los intermediarios que no son infractores se encuentra, en consecuencia, sometida a un júnio de proporcionalidad, en el que aparecen involucrados los derechos de autor, el derecho a la libertad de empresa de los prestadores de servicios, así como la libertad de información de los internautas.

**360.** Una manera de hacer efectivo el ejercicio de la libertad de empresa del prestador de servicios, ha consistido en permitir que el destinatario del requerimiento defina las medidas concretas que ha de adoptar para lograr el resultado deseado. En el asunto *Telekabel Wien* anteriormente citado, el Tribunal de Justicia consideró conforme al Derecho de la Unión un requerimiento judicial que permite a su destinatario definir las medidas concretas que hayan de adoptarse para alcanzar el resultado perseguido, de modo que ese destinatario pueda elegir aplicar las medidas que mejor se adapten a los recursos y capacidades de que disponga<sup>774</sup>. Es decir, si el juez conserva la posibilidad de fijar el objeto de tales medidas, como puede ser el bloqueo del acceso a una página web o la desindexación de los resultados mostrados por un motor de búsqueda, corresponderá al prestador de servicios definir las modalidades técnicas concretas necesarias para lograrlo<sup>775</sup>. De hecho, lo más frecuente es que el requerimiento judicial únicamente especifique el resultado que su destinatario debe lograr, definiéndolo en términos muy genéricos. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 20 de julio de 2016 condenaba así a varias compañías telefónicas a adoptar, en un plazo improrrogable de 72h, todas las medidas necesarias, así como a realizar todas las gestiones precisas, para impedir de manera real y efectiva el acceso, desde el territorio español, a la web infractora. En el mismo sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona de 12 de enero de 2018 condenó a diversas compañías telefónicas a bloquear o impedir, “poniendo en práctica de manera inmediata las mejores medidas técnicas y las gestiones que ellos consideren adecuadas para terminar o reducir

---

<sup>774</sup> Apartado nº 52 de la STJUE de 27 de marzo de 2014, *Sté UPC Telekabel Wien y Sté Constantin Film Verleih*, anteriormente citada.

<sup>775</sup> T. DOUVILLE, “Qui doit supporter le coût des mesures de blocage et de déréférencement des sites proposant des contenus contrefaisants?”, *Legipresse* nº 353, Octubre 2017, p. 493.

significativamente, de manera real y efectiva, el acceso de sus clientes desde el territorio español” a las páginas web infractoras. Se ordenaba, no obstante, a la parte demandada informar al tribunal y a la actora, de manera inmediata, una vez que hayan sido adoptadas, de cuáles han sido las medidas técnicas y gestiones realizadas.

**361.** En la misma línea se han situado los Tribunales franceses, considerando que la medida de bloqueo debía quedar en manos de la apreciación del proveedor de acceso a Internet, de manera que éste pueda determinar la naturaleza de las medidas que conviene implementar para que éstas sean las más adaptadas a los recursos y capacidades de que dispone. Sin embargo, un reciente fallo del *Tribunal de Grande Instance* de París de 7 de marzo de 2019<sup>776</sup> formula el requerimiento de bloqueo de una manera sutilmente diferente con respecto a los últimos fallos dictados por este mismo Tribunal bajo el fundamento del artículo L. 336-2 CPI. En este sentido, ordena al proveedor de acceso a Internet “poner en marcha u ordenar a terceros que pongan en marcha todas las medidas propias para impedir el acceso a las plataformas *Sci-Hub* y *LibGen* [...] mediante el bloqueo de los 57 nombres de dominio siguientes”. Sin embargo, en sentencias anteriores, la fórmula más empleada consistía en ordenar a las demandadas la implementación de todas las medidas propias para impedir el acceso [...] “por cualquier medio eficaz, a los sitios web *accesibles por medio de los nombres de domino señalados a continuación*”<sup>777</sup>. Se plantea así si la formulación del TGI de París excluye cualquier otra medida distinta del bloqueo de los nombres de dominio (bloqueo “DNS”), en especial el bloqueo de la dirección IP. Habrá que esperar a próximas decisiones para determinar si esta elección es un caso aislado, o el signo de una mayor voluntad por parte del juez de orientar el tipo de medidas de bloqueo ordenadas a un proveedor de servicios de acceso a Internet<sup>778</sup>.

**362.** En todo caso, y en aras del respeto del derecho a la libertad de empresa del sujeto pasivo de la acción de cesación, la medida ordenada no podrá quedar subordinada a la condición de que la misma sea capaz de suprimir total y definitivamente toda

---

<sup>776</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 4<sup>e</sup> sect., de 7 de marzo de 2019, *Elsevier, Spinger Nature y Orange, SFR, Free et Bouygues: Dalloz IP/IT* 2019, p. 503, obs. A. Pons.

<sup>777</sup> TGI Paris, de 14 de diciembre de 2018, n° 18/1059; TGI Paris, de 13 de julio de 2018, n° 18/55236; TGI Paris, de 25 de mayo de 2018, n° 18/03028; TGI Paris, de 15 de diciembre de 2017, n° 17/13471.

<sup>778</sup> A. PONS, “Une nouvelle application de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle par le Tribunal de grande instance de Paris: quelles implications pour les FAI et les titulaires de droit?”, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 503.

actividad infractora en el sitio web en cuestión<sup>779</sup>. En otras palabras, lo que se establece a cargo del sujeto no infractor es una obligación de medios y no de resultado. En este sentido, el *Tribunal de Grande Instance* de París<sup>780</sup>, estimó que impedir el acceso a los nombres de dominio litigiosos a los abonados de los principales proveedores de acceso a Internet constituye una medida susceptible de contribuir a impedir o a reducir el daño a los derechos de los autores y productores, a pesar de que es cierto que los internautas más habilidosos, lograrán de un modo u otro seguir conectándose a las páginas web infractoras. Sin embargo, considera que la gran mayoría de los internautas se verá afectada por las medidas solicitadas, circunstancia que bastará para afirmar que son eficaces.

En el mismo sentido, en la Sentencia *Telekabel Wien*, el TJUE establece que “por lo que respecta al derecho de propiedad intelectual, debe señalarse de entrada que no cabe excluir que la ejecución de un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal no dé como resultado el cese completo de las violaciones del derecho de propiedad intelectual de los interesados”. Lo que se exige es que el destinatario del requerimiento adopte todas las “medidas razonables”. Además, no cabe excluir que no exista técnica alguna que permita poner fin por completo a las violaciones del derecho de propiedad intelectual, o que dicha técnica no sea realizable en la práctica, lo que tendría como consecuencia que determinadas medidas adoptadas podrían, en su caso, eludirse de uno u otro modo. En todo caso, el Tribunal de Justicia exige que las medidas adoptadas por el destinatario de un requerimiento judicial sean “lo suficientemente eficaces para garantizar una protección efectiva del derecho fundamental de que se trata, es decir que deben tener como efecto impedir, o al menos, hacer difícilmente realizable, el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de acceder a esas prestaciones puestas a su disposición en violación del mencionado derecho fundamental”<sup>781</sup>.

---

<sup>779</sup> Cas.1<sup>re</sup> civ., de 12 de julio de 2012, n°11-20.358, *Google Suggest*: “las sociedades Google podían así contribuir a poner remedio [...] haciendo más difícil la búsqueda de sitios litigiosos, sin que por ello deba aspirarse a una eficacia total”.

<sup>780</sup> TGI París, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., de 4 de diciembre de 2014, n° 14/03236, *SCPP y Orange, Free, SFR et Bouygues Telecom*.

<sup>781</sup> Apartados n° 58 a 62 de la STJUE de 27 de marzo de 2014, *Sté UPC Telekabel Wien y Sté Constantin Film Verleih*, anteriormente citada.

**363.** El cumplimiento de estos requerimientos de cesación puede, por otra parte, afectar a otro de los derechos fundamentales como es el derecho de los usuarios de Internet a la libertad de información. En este sentido, el TJUE prosigue afirmando que cuando el destinatario de un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal elige las medidas que han de adoptarse para cumplirlo, debe velar por el respeto del derecho fundamental de los usuarios de Internet a la libertad de información. A este respecto, las medidas adoptadas por el proveedor de acceso a Internet deben estar rigurosamente delimitadas, en el sentido de que deben servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero de los derechos de autor o de los derechos afines a los de autor, sin que se vean afectados los usuarios de Internet que recurren a los servicios de dicho proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia de ese proveedor en la libertad de información de dichos usuarios no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido<sup>782</sup>. Este respeto de la libertad de información de los usuarios de Internet debe, no obstante, ser manejado con cierta precaución. De lo que se trata es de que los internautas no se vean privados injustificadamente de la posibilidad de acceder a los recursos puestos en línea de forma legal, pero la libertad de información no ha de servir como pretexto para acceder gratuitamente a cualquier contenido protegido por un derecho de autor o derecho conexo<sup>783</sup>. En su decisión *Allostreaming*, el *Tribunal de Grande Instance* de París consideró que las medidas de cesación pueden, en efecto, limitar la libertad de expresión y de comunicación, pero quedan justificadas por la necesidad de instaurar mecanismos eficaces de lucha contra las infracciones de derechos cometidas por medio de estas páginas web. En este sentido, estimó que los internautas no quedan privados de su derecho a conocer las películas y series en cuestión, ya que pueden acceder a las mismas a través de otras páginas que hayan adquirido los derechos de difundirlas o de permitir su visionado.

---

<sup>782</sup> Apartados nº 55 y 56 de la STJUE de 27 de marzo de 2014, *Sté UPC Telekabel Wien y Sté Constantin Film Verleih*, anteriormente citada.

<sup>783</sup> Sobre la reivindicación abusiva de ciertos derechos fundamentales para acceder gratuitamente a las obras en línea, *vid. supra* nº 52.



## 2. La imputación del coste de las medidas de cesación

**364.** Una vez resuelta la cuestión de a quién corresponde la elección de las medidas concretas para hacer efectiva la cesación del ilícito, y definidas las pautas que deben seguirse para delimitar la extensión de las mismas, quedaba aún por determinar si los costes, que la implementación de tales medidas puede ocasionar, deben ser asumidos por los demandantes o bien, por los prestadores de servicios a quienes las mismas son requeridas. ¿La libertad de empresa se opone a que tales costes sean sufragados por el prestador de servicios a quien tales medidas son ordenadas? ¿El derecho de propiedad intelectual permite justificar que tales costes sean enteramente asumidos por un sujeto que no es infractor? Ni la normativa europea ni las leyes nacionales de transposición especifican a quién corresponde soportar los costes que conlleva la adopción de las medidas de cesación ordenadas a un tercero cuya actividad no es constitutiva de una infracción de derechos. La cuestión es delicada, y podrían esgrimirse argumentos para apoyar tanto una posición como la otra.

**365.** En Francia, los Tribunales de primera instancia, en los asuntos *Allostreaming*<sup>784</sup> y *The Pirate Bay*<sup>785</sup>, establecieron que los costes de la implementación de las medidas de cesación debían correr a cargo de los titulares de derechos. La misma solución ha sido adoptada por los Juzgados de Primera Instancia en España<sup>786</sup>.

**366.** En este contexto, el juicio de proporcionalidad ha servido, una vez más, como recurso para resolver esta controvertida cuestión. Como se vio en el apartado anterior, las medidas de cesación ordenadas han de ser las estrictamente necesarias a la preservación de los derechos en conflicto. Una obligación de medios es así asignada a la persona condenada a la adopción de tales medidas, la cual podrá elegir las medidas concretas que debe implementar. Esto también le permitirá encontrarse en condiciones de conocer y gestionar su coste. En su Sentencia *Telekabel Wien*, el TJUE estimó, en consecuencia, que cumple con las exigencias de proporcionalidad un requerimiento judicial que permite a su destinatario definir las medidas concretas que hayan de adoptarse para alcanzar el resultado perseguido, de modo que ese destinatario pueda

---

<sup>784</sup>TGI París, réf., de 28 de noviembre de 2013, n° 11/60 013, *Allostreaming*.

<sup>785</sup>TGI París, 3° ch., 1<sup>re</sup> sect., de 4 de diciembre de 2014, n° 14/03236, *SCPP y Orange, Free, SFR et Bouygues Telecom*.

<sup>786</sup>SJM n° 6 de Barcelona de 12 de enero de 2017: señala que las compañías demandadas deben afrontar cualquier coste que pueda surgir eventualmente como consecuencia directa de la respectiva implementación técnica de las medidas de bloqueo ordenadas.

elegir aplicar las medidas “que mejor se adaptan a sus recursos y capacidades”. En todo caso, afirma el Tribunal, el destinatario de dicho requerimiento no deberá verse obligado a hacer “sacrificios insostenibles”<sup>787</sup>. Si bien el TJUE deja la cuestión de la imputación de los costes a la discreción de los tribunales nacionales, su decisión parece incitar ampliamente a éstos últimos a hacer que los prestadores de servicios de intermediación soporten la carga financiera que la adopción de las medidas de cesación comporta. Implícitamente, en esta sentencia, el TJUE considera que la libertad de empresa de la que goza un proveedor de servicios de acceso a Internet no queda afectada por la imposición de un requerimiento judicial que establezca el coste de las medidas exclusivamente a sus expensas, siempre y cuando tales medidas sean proporcionadas.

**367.** Llamada a pronunciarse por primera vez acerca de la imputación del coste de las medidas de cesación en su Sentencia de 6 de julio de 2017<sup>788</sup>, la *Cour de cassation* resuelve la cuestión apoyándose precisamente en los apartados 50 a 53 de la *SJTUE Telekabel Wien*. Con carácter previo, la *Cour d'appel*<sup>789</sup> había modificado la decisión de primera, considerando que el coste de las medidas de bloqueo y desindexación debía correr a cargo de los demandados. Entre otros argumentos<sup>790</sup>, se hacía ya mención del principio de proporcionalidad establecido en la *STJUE Telekabel Wien*. En su recurso de casación, las entidades condenadas no impugnaban los requerimientos pronunciados contra ellas, sino el hecho de deber soportar los costes que los mismos comportan. Procediendo a una substitución de motivos la *Cour de cassation* desestima el conjunto de los argumentos invocados por la parte recurrente. Considera, en primer lugar, que las exoneraciones de responsabilidad recogidas en la Directiva sobre Comercio Electrónico no se oponen a que el coste de las de cesación, ordenadas

---

<sup>787</sup> Apartados nº 52 y 53 de la *STJUE* de 27 de marzo de 2014, *Sté UPC Telekabel Wien y Sté Constantin Film Verleih*, anteriormente citada.

<sup>788</sup> Cas. 1<sup>re</sup> civ., de 6 de julio 2017, nº 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348, 16-18.595, *Stés SFR, NC Numéricable, Free, Bouygues télécom, Darty télécom, Orange et GIE Orange portails y Union des producteurs de cinema*: *D.* 2017, p. 2016, nota C. Le Goffic; *ibid.* p. 2390, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc y P. Tréfigny; *ibid.* 2018, p. 748, chron. V. Le Gall, S. Canas, C. Barel, I. Kloda, S. Vitse, C. Roth, J. Mouty-Tardieu y S. Gargoullaud; *Dalloz IP/IT* 2018, p. 136, obs. O. Henrard; *RTD eur.* 2018, p. 338, obs. A. Jeuneau.

<sup>789</sup> CA Paris de 15 de marzo de 2016, *Allostreaming*, anteriormente citada.

<sup>790</sup> La *Cour d'appel* se basaba en un principio general del Derecho francés según el cual “una parte que hace valer sus derechos ante la justicia no debe soportar los gastos ligados al restablecimiento de los mismos”. En consecuencia, considera que los proveedores de servicios de acceso a Internet, así como los motores de búsqueda “se sitúan en el orden de la actividad de puesta a disposición del acceso a estos sitios web”, En base a ello, decide que el coste de las medidas de cesación debía correr a cargo de estos prestadores de servicios de intermediación.

en virtud de lo dispuesto en el artículo L. 336-2 CPI, sea asumido por los prestadores de servicios de intermediación, aun cuando dichas medidas sean susceptibles de representar para ellos un “coste importante”. Insiste, no obstante, en que tales medidas habrán de ser las “estrictamente necesarias para la preservación de los derechos en cuestión”. En segundo lugar, la Corte de Casación francesa afirma que de la jurisprudencia del TJUE se desprende que un requerimiento que establezca el coste de las medidas exclusivamente a cargo un prestador de servicios de intermediación no vulnera la sustancia misma del derecho a la libertad de empresa de este último, en tanto en cuanto se le deje determinar las medidas concretas que debe adoptar para alcanzar el resultado deseado. Cuestión distinta es tales medidas le exijan realizar “sacrificios insostenibles”, lo cual le corresponde demostrar. Por consiguiente, aprueba la decisión de la *Cour d’appel*, considerando que únicamente en la hipótesis en que una medida particular se revelase desproporcionada en cuanto a su complejidad, a su coste o a su duración, hasta el punto de poder comprometer la viabilidad del modelo económico de los prestadores de servicios de intermediación, convendría valorar la necesidad de imputar su coste, parcial o totalmente, al titular de derechos. La *Cour de cassation* estima, en este sentido, que la *Cour d’appel* ha procedido a una ponderación de los intereses en juego, subrayando, por una parte, que el equilibrio económico de los sindicatos profesionales se encuentra ya amenazado por tales vulneraciones de derechos, y la situación podría agravarse en caso de tener que soportar gastos suplementarios que no pueden controlar. Por otra parte, considera que ni los proveedores de acceso a Internet ni los motores de búsqueda han demostrado que la ejecución de las medidas ordenadas les suponga la realización de sacrificios insostenibles, ni que su coste podría poner en peligro su viabilidad económica.

En definitiva, los prestadores de servicios de intermediación son los mejor situados para hacer cesar los actos de infracción de los derechos en línea, y el hecho de imponerles que asuman los gastos no es más que una consecuencia de la acción de cesación que puede ser ejercitada contra los mismos<sup>791</sup>. La cuestión del coste de las medidas de cesación constituye, en realidad, un elemento de apreciación, entre otros, de la proporcionalidad global de los requerimientos judiciales con respecto al objetivo perseguido. Se deberá, en consecuencia, valorar de forma concreta si cada una de las medidas ordenadas es o no necesaria, así como si es proporcionada en cuanto a la

---

<sup>791</sup> T. DOUVILLE, “Qui doit supporter le coût des mesures de blocage...”, *op. cit.*, p. 492.

repartición de los gastos que la misma genera<sup>792</sup>. Se parte, pues, del principio de que son los intermediarios quienes han de asumir los costes de las medidas de cesación, pero este principio queda subordinado a su conformidad con el juicio de proporcionalidad. Como es propio de todo juicio de proporcionalidad, su empleo dará lugar a decisiones casuísticas, además de que, siguiendo las pautas marcadas por el TJUE, podría resultar en ocasiones complejo establecer la frontera entre los costes que los prestadores de servicios deben asumir, aunque éstos puedan ser “importantes”, y aquellos que le suponen realizar “sacrificios insostenibles”.

Esta posición ha sido avalada por la mayoría de especialistas que han comentado la Sentencia de la *Cour de cassation*<sup>793</sup>, si bien no es compartida por el conjunto de la doctrina. Para algunos autores, la relación entre el principio y la excepción debería ser invertido, considerando que la obligación a cargo de los prestadores de servicios de intermediación de cooperar en la lucha contra las infracciones de derechos no conlleva la de soportar los costes de las medidas ordenadas en base al artículo L. 336-2 CPI<sup>794</sup>. En todo caso, la decisión de la Corte de Casación francesa representa una importante victoria para los titulares de derechos, cuyo monopolio de explotación se ve importantemente reforzado de esta manera.

### **3. La actualización automática de las medidas de cesación**

**368.** Una de las principales deficiencias que plantea el bloqueo del acceso a las páginas web infractoras por medio de la acción de cesación es la posible reaparición, poco tiempo después, de sitios web de idéntico contenido bajo un nombre de dominio diferente. La expresión *mirror sites* (“sitios espejo”) se refiere, de forma genérica, a las prácticas consistentes en sortear las medidas coercitivas impuestas contra las páginas web que infringen los derechos de propiedad intelectual. Estas pueden consistir en fenómenos de reaparición o de réplica de sitios web o en la creación de nuevos caminos de acceso a los mismos, ya sea por medio de un servicio de DNS (*Domain Name*

---

<sup>792</sup> O. HENRARD, “Les intermédiaires techniques doivent, en principe, supporter le coût des mesures de blocage et de déréférencement des sites “pirates””, *Dalloz IP/IT* 2018, p. 136.

<sup>793</sup> C. LE GOFFIC, “Décision Allostreaming: la Cour de cassation valide l'imputation des coûts de blocage aux intermédiaires techniques”, *D.* 2017, p. 2016; O. HENRARD, “Les intermédiaires techniques doivent, en principe, supporter le coût des mesures de blocage ...”, *op. cit.*, p. 136.

<sup>794</sup> A. LUCAS-SCHLOETTER, “La cessation de la contrefaçon”, *op. cit.* p. 209 y s.

*System*) ajeno, o bien por medio de una red privada virtual (VPN). Estas circunstancias ponen en entredicho la eficacia de las medidas previamente ordenadas, especialmente si su actualización ha de pasar nuevamente por un procedimiento judicial idéntico. De ahí que una de las grandes reivindicaciones por parte de los titulares de derechos sea la de obtener mecanismos sencillos que les permitan una actualización rápida de las medidas previamente ordenadas a los intermediarios contra los sitios espejo que conlleven una reanudación de las actividades infractoras.

**369.** En virtud de la prohibición de la imposición de una obligación general de supervisión, la jurisprudencia francesa ha venido considerando que no puede ordenarse a un proveedor de acceso a Internet que efectúe por sí mismo un control de la aparición de las réplicas o sitios espejo. Un fallo del TGI de París de 14 de diciembre de 2018<sup>795</sup> hizo, no obstante, pensar en un posible cambio de tendencia por parte del Tribunal con respecto a la actualización de las medidas ordenadas en base al artículo L. 336-2 CPI con el fin de garantizar su eficacia a largo plazo. En él, además de las medidas de bloqueo ordenadas a un proveedor de servicios de acceso a Internet, el Tribunal ordenaba a *Google* desindexar no sólo los caminos de acceso (es decir, las URL) conducentes hacia las páginas infractoras en la fecha de la decisión, sino también los caminos de acceso futuros identificados por Google. El razonamiento se basaba en que una medida de desindexación que abarcase únicamente los nombres de dominio señalados en la orden de bloqueo “sería de una eficacia muy débil, incluso nula, pasados algunos días, y no podría satisfacer el carácter disuasivo que deben revestir las medidas adoptadas”.

**370.** Tratando de dar un paso más sobre esta decisión que los titulares de derechos podían calificar como un importante logro, los editores solicitaron la facultad de poder actualizar, sin pasar por el juez, la lista de sitios infractores a bloquear en caso de que apareciesen nuevas páginas web que se dedicasen a difundir los mismos contenidos infractores. Concretamente los editores pretendían poder solicitar dicha actualización directamente a los proveedores de servicios de acceso, enviándoles directamente la lista de los nombres de dominio de las nuevas páginas web, para que estos procedieran al bloqueo del acceso a los usuarios en un plazo de siete días. En su

---

<sup>795</sup> TGI París, 3<sup>ème</sup> ch., 2<sup>ème</sup> section, de 14 de diciembre de 2018, n° 18/10597.

sentencia de 7 de marzo de 2019<sup>796</sup>, el TGI afirma que el bloqueo sólo podrá referirse a las páginas infractoras que aparecen señaladas expresa y limitativamente en las últimas conclusiones de los editores, y que toda medida que se refiera a otro sitio deberá ser autorizada por la autoridad judicial. En otras palabras, el Tribunal rechaza la actualización automática de las páginas infractoras como ya lo había hecho en otras decisiones previas, considerando que los titulares no pueden proceder al bloqueo del acceso de sitios web sin previa autorización judicial.

En cuanto al procedimiento a seguir para obtener el bloqueo de los sitios espejo el TGI de París considera que corresponde al juez de medidas provisionales (*juge des référés*). En este sentido afirma que “la actualización de las medidas ordenadas en caso de evolución del litigio por la presencia de medios que permiten franquear el bloqueo podrá ser tratada por el juez de medidas provisionales siempre que quede caracterizada la existencia de un daño manifiestamente ilícito al cual conviene poner fin”. La posición del TGI de París es, no obstante, fluctuante en cuanto a las acciones a emprender por las partes en caso de evolución del litigio. Algunas resoluciones dictadas en base al artículo L. 336-2 CPI señalan que las partes podrán acudir al Tribunal en la forma de medidas provisionales (*en la forme des référés*), mientras que otras señalan que la competencia en caso de actualización o renovación de las medidas corresponden al juez de medidas provisionales (*juge des référés*)<sup>797</sup>.

**371.** En definitiva, el TGI de París se muestra aún bastante conservador en materia de actualización de las decisiones que ordenan la adopción de medidas de bloqueo en un contexto en el que la evolución de los sitios infractores es muy rápida<sup>798</sup>. Esta situación contrasta con la de otros países del entorno europeo. En este sentido, los jueces españoles parecen imponer mayor severidad a los intermediarios en su implicación en la lucha contra las infracciones de derechos. El Juzgado de lo Mercantil

---

<sup>796</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 4<sup>e</sup> sect., de 7 de marzo de 2019, *Elsevier, Springer Nature y Orange, SFR, Free et Bouygues*; *Dalloz IP/IT* 2019, p. 503, obs. A. Pons.

<sup>797</sup> Ord. Réf. TGI Paris, n° RG 18/55236 de 13 de julio de 2018. Actualiza las decisiones TGI Paris de 15 de diciembre de 2017 y 25 de mayo de 2018 que habían ordenado el bloqueo y la desindexación de una serie de sitios web con una duración de 12 meses. Se concede la actualización solicitada para bloquear los nuevos caminos de acceso con un efecto limitado a los plazos que quedaban por transcurrir en las dos decisiones previas.

<sup>798</sup> En este sentido, se está planteando dotar a la HADOPI de una misión de caracterización de las páginas web infractoras y, tal vez, de seguimiento de las órdenes de bloqueo (A. BENSAMOUN, “Les stratégies de lutte contre la piraterie des contenus culturels et sportifs”, *op. cit.*, p. 1237).

nº6 de Barcelona<sup>799</sup>, en su resolución de 12 de enero de 2018 no se limitó a bloquear o a impedir el acceso desde territorio español a las páginas web “con nombre actual de dominio principal *http://hdfull.tv* y *http://repelis.tv*”, sino que extiende el fallo “incluyendo también otros dominios, sub-dominios y direcciones IP cuyo exclusivo o principal propósito sea facilitar acceso a dichas páginas web, tales como páginas web que sirvan para eludir o evitar las medidas de bloqueo y permitir el acceso a los usuarios desde el territorio español”, instaurando así un sistema de bloqueo automático de las réplicas de sitios web infractores. El sistema es ciertamente más beneficioso para los titulares de derechos, pero cabe preguntarse si realmente respeta el principio de proporcionalidad que rige el régimen jurídico de la acción de cesación. Como afirma P. LLOPIS NADAL, “no debería ser el intermediario quien vigilara activamente la aparición de nuevas páginas desde las que se retoman las actividades ilícitas o el recurso a instrumentos que dejen sin efectos la suspensión del servicio, sino los propios legitimados para defender los derechos de propiedad intelectual que han sido (y continúan siendo) infringidos. Este control activo por parte de los interesados debe tener como propósito poner en conocimiento de quien presta servicios de intermediación la reanudación de las conductas cesadas —a modo de requerimiento—, a fin de que actúe conforme a la sentencia de condena a evitar futuras lesiones que le había sido impuesta, pero sin necesidad de iniciar un nuevo proceso civil para que adopte las medidas oportunas que permitan terminar con estas infracciones”<sup>800</sup>.

**372.** En una línea similar, en el Reino-Unido, la *High Court of Justice* pronunció, en su Sentencia de 8 de marzo de 2017<sup>801</sup>, unas medidas de bloqueo evolutivas en base a los artículos 8.3 de la Directiva 2001/29/CE y 11 de la Directiva 2004/48/CE tras la solicitud de *Premier League* considerando que había muchas probabilidades de que *Premier League* sufriera nuevas vulneraciones de derechos. En este sentido, aceptó dictó una medida de bloqueo que no se limitaba a los servidores de alojamiento de las páginas web de streaming ilegal ya identificadas en la fecha de emisión de la decisión, sino también a los servidores que pudieran ser ulteriormente identificados durante la duración de los efectos de la resolución (en el caso concreto, la temporada de la *Premier*

---

<sup>799</sup> SJM nº 6 de Barcelona, nº 15/2018, de 12 de enero 2018 (asunto *hdfull*), fallo de la sentencia, punto 3.

<sup>800</sup> P. LLOPIS NADAL, “El ejercicio de la acción de cese contra el intermediario no infractor...”, *op. cit.*, p. 80-81).

<sup>801</sup> *The Football Association Premier League Ltd v British Telecommunications Plc & Ors* [2017] EWHC 480 (Ch), de 13 de marzo de 2017.

*League*). La lista de nombres de dominio objeto de bloqueo tuvo que ser actualizada semanalmente por un experto designado en la Sentencia de la Corte Suprema.

**373.** Con el fin de dotar de mejor eficacia en Francia al dispositivo de lucha contra las infracciones en línea, el artículo 22 del proyecto de Ley de reforma del sector audiovisual<sup>802</sup> propone reforzar el alcance de las medidas pronunciadas por el juez contra las réplicas de los “sitios espejo”. Para ello, atribuye a la *Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* (ARCOM)<sup>803</sup> un poder de requerir el bloqueo o la desindexación de un sitio juzgado ilícito por medio de una decisión judicial previa. En complemento, la Autoridad elaborará modelos de acuerdo-tipo que podrán ser concluidos por los titulares de derechos, los proveedores de servicios de acceso a Internet, los proveedores de nombres de dominio o los motores de búsqueda con el fin de ejecutar de manera dinámica – esto es, extendiéndola a los “sitios espejo” – dicha decisión judicial.

---

<sup>802</sup> Proyecto de Ley n° 2488, *relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique*,

<sup>803</sup> *Vid. supra*, n° 167.



## **SEGUNDA PARTE: LA EMERGENCIA DE SOLUCIONES JURÍDICAS ESPECÍFICAS FRENTE A LAS ACTIVIDADES DE LOS NUEVOS ACTORES DEL ENTORNO DIGITAL**

**374.** El desarrollo de nuevos usos de las obras y prestaciones protegidas en línea ha venido inevitablemente acompañado de la irrupción de una multitud de nuevos actores en la esfera del derecho de autor. Estos nuevos intermediarios de las comunicaciones electrónicas desempeñan papeles diversos, a la vez que ineludibles, en la difusión, el intercambio y el acceso a los objetos protegidos por un derecho de propiedad literaria y artística. Por medio de su actividad, han democratizado el acceso a los bienes culturales, a la vez que han puesto en entredicho, más que nunca, la posibilidad para los primeros de hacer valer sus derechos, así como de obtener un beneficio adecuado.

A pesar de las medidas desplegadas por los titulares de derechos para reforzar el monopolio de explotación, las obras siguen circulando masivamente en las redes digitales y constituyen el núcleo de nuevos modelos de negocio. Si el derecho de autor no estaba preparado para hacer frente a los cambios en el comportamiento del público propiciados por las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, tampoco lo estaba para dirigirse contra los diversos intermediarios que facilitan los intercambios en la red entre usuarios individuales, u ofrecen diversos servicios que permiten a estos últimos colmar sus necesidades de abundancia e inmediatez en el acceso a las obras y prestaciones protegidas.

**375.** Un acto banal como la simple consulta de un contenido subido a una plataforma contributiva por un internauta requiere del concurso de múltiples actores. De entrada, será necesario un acceso a la red, que será facilitado por proveedor de servicios de Internet. Si el internauta no conoce la ubicación exacta del contenido, acudirá a los servicios de un motor de búsqueda o de un sitio web de enlaces. Por otra parte, en función de la modalidad de financiación de la plataforma o sitio web en cuestión, será también posible el concurso de una empresa publicitaria, o bien de una empresa de pagos electrónicos. Dentro de este complejo ecosistema, cada uno de los intermediarios

que intervienen encuentra una fuente de ingresos derivada de un fenómeno simple: el deseo de consumo por parte de los internautas a las obras y objetos protegidos en línea<sup>804</sup>. En general, tales prestadores suelen ver retribuidos los servicios que ofrecen a la altura de sus expectativas. No ocurre así con los titulares de derechos sobre las obras y objetos protegidos, a pesar del lugar central que estos elementos ocupan en estos nuevos modelos económicos.

**376.** En efecto, los contenidos culturales disponibles en la red generan indudablemente un valor<sup>805</sup>, del cual los titulares de derechos no se benefician o lo hacen en condiciones sumamente precarias. Estos servicios aprovechan la audiencia generada por la presencia de contenidos culturales en línea y la monetizan. La alta frecuentación de las páginas que permiten acceder gratuitamente a los contenidos protegidos por derechos de propiedad literaria y artística los convierte en un fuerte atractivo para los anunciantes y agencias publicitarias. Se produce así un fenómeno de captación del valor por parte de estos intermediarios, en detrimento de los intereses de los titulares de derechos. Su consecuencia lógica es la existencia de un *value gap* o “brecha del valor”. Esta expresión hace referencia al diferencial que existe entre los ingresos generados por los servicios en línea por los contenidos que ponen a disposición o a los que dan acceso, y la parte que éstos revierten a los productores de contenidos o a los titulares de los derechos sobre los mismos. Dicho de otro modo, el *value gap* es la expresión económica de un desequilibrio entre la posición de los titulares de derechos con respecto a determinados prestadores de servicios que intervienen en el ecosistema de las comunicaciones en línea. Tal desequilibrio constituye, a su vez, el reflejo de un orden jurídico carente de soluciones efectivas para preservar los intereses de los titulares de derechos frente a los nuevos actores.

Además, dicho desequilibrio se acentúa por el peso económico que desempeñan estos gigantes de la Web, y que les permite en gran medida ejercer su actividad imponiendo su propia ley. A ello se le une a menudo una fuerte relación de interdependencia: así, los titulares de derechos necesitan del concurso de un motor de búsqueda para que los usuarios puedan localizar sus recursos en línea. Por otra parte, es innegable que las plataformas contributivas como *YouTube* constituyen un escaparate “mundial” para la

---

<sup>804</sup> P. SIRINELLI, “Flux économiques et droit du Web 2.0”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 167.

<sup>805</sup> Vid. *Cultural content on the online environment: analyzing the value transfer in Europe*, R. Berger, 2015; *Piratage en France, Estimation du manque à gagner lié à la consommation illégale de contenus audiovisuels*, Étude EY, 2017.

obra, hasta el punto de que no estar presente en las mismas actúa en detrimento de la popularidad de los titulares de derechos. Sin embargo, los titulares de derechos también pueden tener motivos para no querer que su obra sea difundida en línea y, ante todo, los tienen para exigir que les sea revertida una parte del valor generado por sus obras, sin las cuales dichos servicios no tendrían el mismo valor ni popularidad.

**377.** Los intermediarios a los que aquí nos referimos no representan una categoría homogénea, sino que desempeñan funciones diversas. Algunos de ellos se encuentran más directamente implicados en la utilización o reutilización de contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual. Así ocurre con los servicios que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea, los buscadores de imágenes o los servicios de referenciamiento de noticias de actualidad. Otros sujetos tienen un contacto más alejado o indirecto con las obras y prestaciones protegidas, como ocurre con los proveedores de servicios de acceso a Internet, las empresas publicitarias o los servicios de pagos electrónicos. No es, sin embargo, menos importante el papel que desempeñan en el acceso a las obras en línea, y todos se benefician, aunque sea indirectamente, de los modelos económicos basados en la circulación no autorizada de las obras y prestaciones protegidas.

**378.** Se hace, consecuencia, necesario buscar un nuevo equilibrio. Para ello, es necesario implicar a todos estos intermediarios, pudiendo esta implicación revestir diferentes formas. Frente a algunos de ellos el objetivo será obtener una parte de los beneficios que generan con su actividad, obligándoles a obtenerlas autorizaciones correspondientes para efectuar actos de explotación; frente a otros, los titulares de derechos se conformarán con ver un compromiso por su parte de no participar en actividades infractoras, o de colaborar para reducir los efectos de la infracción cometida por terceros. Como afirma S. DUSOLLIER, “desde los prestadores de servicios de acceso a Internet hasta los motores de búsqueda, pasando por los prestadores de alojamiento, ningún prestador de servicios parece haber sido excluido de las pretensiones de los titulares de derechos y de derechos vecinos, ya sea para hacerles más responsables de los actos de circulación de las obras que permiten, ya sea para hacerles participar en la lucha contra las infracciones de derechos”<sup>806</sup>. Todos ellos se aprovechan

---

<sup>806</sup> S. DUSOLLIER, “Intermédiaires et plateformes de l’Internet, cet éléphant dans le salon du droit d’auteur”, in A. BENSAMOUN (dir.), *La réforme du droit d’auteur dans la société de l’information*, mare & martin, Coll. des Presses universitaires de Sceaux, p. 165-201, en p. 165.

en mayor o menor medida del valor asociado a la circulación de las obras en línea, de manera que no hay razón para excluir a ninguno de ellos. Lo que variará es la forma y la intensidad de la solución perseguida.

**379.** Emergen así dos grandes tipos de soluciones jurídicas con respecto a estos nuevos intermediarios de Internet: las implicaciones forzadas (Título I) y las implicaciones voluntarias (Título II).

## TÍTULO I: LAS IMPLICACIONES FORZADAS

**380.** La captación del valor asociada a la circulación de las obras en el ecosistema digital por parte de los diversos intervinientes en el mismo requiere de soluciones destinadas a corregir o mejorar este desajuste del mercado que actúa en detrimento de los intereses económicos de los titulares de derechos. La intervención del legislador aparece aquí como la sede normal y tradicional de la búsqueda de un nuevo punto de equilibrio. La implicación “forzada”, remite así a la acción legislativa: el prescriptor de las normas interviene para ordenar un comportamiento y, en su caso, sancionar su violación. Se trata, en definitiva, de una solución obligatoria o impuesta<sup>807</sup>.

De entre los múltiples actores que intervienen en el ecosistema de la circulación de las obras en línea, algunos aparecen más directamente implicados en la reutilización de un contenido protegido por un derecho de propiedad intelectual. Siendo así, es lógico que se busque su implicación mediante medidas que les obliguen a obtener una autorización de los titulares de derechos o, al menos asegurarles el pago de una remuneración. Sin embargo, las calificaciones jurídicas de algunos de los nuevos usos de las obras en línea no son siempre evidentes, y de ahí que se haya solicitado al legislador para resolver estos interrogantes. En este sentido, podemos distinguir dos tipos de problemas que han dificultado la calificación jurídica de los usos a los que aquí hacemos referencia.

**381.** Algunos de ellos, en primer lugar, suponen una utilización o reutilización de una obra o prestación protegida que se considera como de poca entidad o de escaso valor económico, individualmente considerada, y que suele referirse (aunque esto no sea siempre el caso) a una obra libremente disponible en otra página web y cuya presencia ha podido ser autorizada por los titulares de derechos. Así ocurre cuando un motor de búsqueda enriquece la presentación de un enlace con un breve extracto del texto que figura en la página web de origen; o cuando responde a una búsqueda de palabras clave mostrando un conjunto de imágenes que ha obtenido rastreando los sitios web donde éstas se alojan.

---

<sup>807</sup> A. BENSAMOUN y C. ZOLYNSKI, “La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l’implication des prestataires techniques”, *RLDI* n° 75, octobre 2011, p. 59-65.

Por otra parte, otra serie de servicios en línea han pretendido escudarse en el hecho de que son los contenidos a los que dan acceso son, en realidad, proporcionados por sus usuarios. Este hecho les permite justificar un papel neutro o pasivo, que en realidad se limita a la ausencia de selección de los contenidos que circulan por sus plataformas, y que la jurisprudencia mayoritaria no ha dudado en subsumir en la exención en el ámbito de aplicación de la exoneración de responsabilidad prevista en favor de los prestadores de servicios de alojamiento de datos en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico.

**382.** Concretamente, hasta el momento, el legislador ha sido solicitado para establecer medidas obligatorias destinadas a un mejor reparto del valor para tres tipos de usos de las obras y prestaciones protegidas en línea: los usos de las publicaciones de prensa por parte de los servicios de agregación de noticias, los usos de las imágenes por parte de los servicios de referenciamiento y, por último, los usos de obras de distinto tipo efectuadas por plataformas contributivas o *user-generated content*, entre las que se incluyen los portales de vídeo como *YouTube* o las redes sociales como *Facebook*. En este sentido, las competencias legislativas en materia de derechos de propiedad intelectual se encuentran repartidas entre el legislador de la Unión Europea y el legislador nacional. Ambos han mostrado recientemente su interés en aportar soluciones al problema del reparto del valor. En consecuencia, la implicación forzada de los nuevos actores de las comunicaciones digitales se ha traducido en la adopción de una serie de soluciones locales (Capítulo 1), y europeas (Capítulo 2).

## Capítulo 1: Las soluciones locales

**383.** “Estamos lejos de aquellos tiempos en que transcurría más de un centenar de años entre dos reformas importantes del derecho de autor. El proceso legislativo [...] se ha acelerado de manera singular desde hace una treintena de años. Entre los textos nacionales, las directivas europeas a transponer, o los Tratados Internacionales, no es raro que los juristas deban, cada año, poner al día sus conocimientos debido a la evolución de las normas”<sup>808</sup>. La evolución tecnológica ha acentuado, en efecto, la necesidad de proceder a una adaptación constante de la normativa en materia de derechos de autor. A nivel local o nacional, la edificación de un derecho de autor adaptado al entorno digital se ha ido haciendo paso a paso, mediante reformas que se suceden rápidamente las unas a las otras. Algunas, en palabras del propio legislador, no pueden esperar una reforma más pausada por la envergadura de los intereses económicos en juego y nacen incluso con un período de caducidad<sup>809</sup>. Una acción importante ha sido emprendida a nivel local para reforzar los dispositivos de lucha contra las infracciones de derechos<sup>810</sup>; otras reformas legislativas han venido motivadas por la necesidad de transponer obligaciones contenidas en las Directivas europeas<sup>811</sup>; otras abordan cuestiones diversas que afectan a la propiedad intelectual, enmarcándose a veces dentro de una reforma legislativa más amplia<sup>812</sup>.

---

<sup>808</sup> P. SIRINELLI, “Premières vues sur la loi Création”, *Dalloz IP/IT* 2017, p. 193.

<sup>809</sup> Así, la Disposición final cuarta de la Ley 21/2014 de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual establecía lo siguiente: “El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, realizará los trabajos preliminares necesarios, en colaboración con todos los sectores y agentes interesados, para preparar una reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual ajustada plenamente a las necesidades y oportunidades de la sociedad del conocimiento. Con vistas a esa reforma deberán evaluarse, entre otros aspectos, el régimen aplicable a la gestión colectiva de derechos, el régimen de compensación equitativa por copia privada y las competencias y naturaleza del regulador”.

<sup>810</sup> El fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos fue uno de los ejes de la reforma de la legislación española operada por medio de la Ley 21/2014. En Francia tuvieron una gran repercusión mediática las leyes HADOPI I y II que pusieron en marcha el mecanismo de “respuesta graduada”.

<sup>811</sup> En este sentido, la Ley n° 2019-775 de 24 de julio de 2019 *tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse*, que transpone parcialmente la Directiva 2019/790 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* introduciendo en el Derecho francés un derecho vecino en beneficio de los editores de prensa; o la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE y la y la Directiva (UE) 2017/1564.

<sup>812</sup> Podemos citar aquí dos reformas que tuvieron lugar en Francia en el año 2016, ambas con implicaciones en el ámbito del derecho de autor: la Ley n° 2016-1321 de 7 de octubre de 2016 *pour une République numérique* y la Ley n° 2016-925 de 7 de julio de 2016 *relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*.

**384.** El problema del reparto del valor ha no se ha hecho presente en la agenda de los legisladores nacionales sino hasta un momento reciente. En este sentido, ante la lentitud propia del proceso legislativo europeo, algunos Estados miembros, han tratado de proponer soluciones frente a algunos de los usos de las obras en línea por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. La acción del legislador nacional en este campo se ha revelado, sin embargo, tímida y poco efectiva. De entrada, es preciso reconocer que, en este campo, los legisladores nacionales cuentan con un margen de acción limitado por el respeto al Derecho de la Unión Europea. La Directiva 2001/29/CE establece una lista limitativa de excepciones en el art. 5 de la Directiva de 2001 que prohíbe que los Estados miembros introduzcan otras nuevas<sup>813</sup>, ya sean éstas compensadas económicamente. Una de las soluciones al reparto del valor podría pasar, en efecto, por el reconocimiento de excepciones compensadas que, bien gestionadas, podrían restablecer un equilibrio entre la necesidad de facilitar el desarrollo de ciertos servicios en línea y la necesidad para los titulares de derechos de percibir una remuneración a cambio<sup>814</sup>. Por otra parte, una decisión reciente del TJUE ha demostrado que cualquier circunstancia que afecte a las modalidades de ejercicio de derecho exclusivo – en el caso sometido a la apreciación del Tribunal, un sistema de gestión colectiva obligatoria – es vista con recelo, por lo que ha de ser manejada con precaución y presentar ciertas garantías<sup>815</sup>. A mayor abundamiento, el margen de maniobra de un legislador local se encuentra asimismo limitado por las exoneraciones de responsabilidad previstas en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, y que han limitado la oponibilidad del derecho exclusivo frente a determinados actores de la Web 2.0. Con todo, e independientemente de los problemas derivados de la elección de la técnica legislativa para paliar el problema del valor, se plantea si esta cuestión no requiere de soluciones uniformes a un nivel, como mínimo europeo, en un contexto tecnológico que no conoce fronteras, y dado que tales usos de

---

<sup>813</sup> STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019, asuntos C-476/17 (*Pelham GmbH y Ralf Hütter*); C-516/17 (*Spiegel Online GmbH y Volter Beck*) y C-469/17 (*Funke Medien NRW y Allemagne*): *RTD Eur.* 2019, p. 927, chron. E. Treppoz; *Dalloz IP/IT* 2019. 465, obs. N. Maximin.

<sup>814</sup> Esta fue la filosofía que motivó, en España, el reconocimiento de una excepción para los usos de las publicaciones de prensa efectuados por los agregadores de noticias en línea, siendo además el fruto de una reclamación de los editores de prensa locales, representados por la *Asociación de Editores de Diarios Españoles*.

<sup>815</sup> STJUE (Sala Tercera) de 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15, *Marc Soulier y Sara Doke/Premier ministre y Ministre de la Culture et de la Communication*: *Dalloz IP/IT* 2017, p. 108, obs. V.-L. Benabou; *Prop. intell.* 2017, n° 62, p. 30, obs. J.-M. Bruguière.



las obras son realizados por prestadores de servicios de gran envergadura y que operan a nivel mundial.

**385.** Sea como fuere, encontrar una solución al problema de la brecha del valor ha representado una de las preocupaciones recientes de los legisladores de los distintos Estados miembros de la Unión Europea. De entre la multitud de actores que intervienen en el ecosistema de la circulación de las obras en línea y consiguen captar una parte del valor que va asociado a las mismas, los motores de búsqueda o, mejor dicho, algunas de las funcionalidades de los mismos, han sido el blanco de estas soluciones adoptadas a nivel local.

Estos prestadores de servicios constituyen una de las principales vías de acceso a los contenidos dispersos en línea<sup>816</sup>. Lejos de constituir un modelo único o uniforme, ofrecen varios servicios que difieren ampliamente entre sí, ya sea por la naturaleza de las obras indexadas (imágenes, páginas web, noticias de actualidad, etc.), por la manera en que se realiza la búsqueda (por palabras claves, por la formulación de una cuestión, mediante el envío de una imagen, etc.), o por la manera en que se presentan los resultados propuestos (listado de enlaces, respuesta a la cuestión formulada, facilitación directa del recurso solicitado, etc.)<sup>817</sup>. En consecuencia, es imposible pensar en un régimen jurídico uniforme para este tipo de actividades, de manera que un mismo prestador de servicios puede recibir un tratamiento diferenciado en función del servicio facilitado<sup>818</sup>.

**386.** La Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico no contiene ninguna derogación específica en materia de responsabilidad para las actividades de los motores de búsqueda<sup>819</sup>. No obstante, sus redactores no ignoraron la existencia de este tipo de

---

<sup>816</sup>El exponencial crecimiento de Internet en los últimos quince años está suponiendo una sobreabundancia de contenidos en la red, de forma que los buscadores juegan un importante rol de acceso a dichos contenidos. Este rápido y sencillo sistema para localizar información esconde uno de los éxitos de todo buscador: ofrecer información de la forma más rápida y completa posible al usuario. Los fragmentos de texto y las imágenes en versión reducida son dos técnicas utilizadas por el motor de búsqueda para facilitar al usuario la elección de la información mostrada en el resultado de la búsqueda.

<sup>817</sup>Vid. CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, V.-L- Benabou, J. Farchy y C. Méadel, 2013.

<sup>818</sup>Th. MAILLARD, “Le(s) statut(s) des moteurs de recherche”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 177.

<sup>819</sup>Por el contrario, el legislador español sí previó, en el artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (en adelante, LSSI), un régimen específico de responsabilidad para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, que coincide sustancialmente con el régimen de responsabilidad condicionada en beneficio de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16 LSSI). Así, según el tenor del artículo 17 de la LSSI “1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de

intermediarios de las comunicaciones electrónicas. En este sentido, su considerando n° 18 menciona, de entre los diversos servicios de la sociedad de la información, aquellos cuya actividad consiste en ofrecer “instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos”.

En su función más elemental, el motor de búsqueda realiza una intervención poco “intrusiva”<sup>820</sup>, limitándose a establecer un enlace hacia otra página web. El devenir de estos servicios, y en particular algunas de las funcionalidades que ofrecen, ha puesto de manifiesto la existencia de una captación del valor asociado a las obras a las que ofrecen o facilitan el acceso. En efecto, este tipo de actores ha desplegado una amplia gama de servicios que van más allá de la mera localización de una página web determinada, mostrando directamente un contenido preciso, como es el extracto de una noticia de actualidad o una imagen concreta. Esto conlleva que, con frecuencia, el internauta, no tenga necesidad de desplazarse al sitio web de origen, ya que puede acceder al contenido solicitado permaneciendo en la página de motor de búsqueda. Así ocurre con los extractos de noticias de actualidad si éstos resultan lo suficientemente “informativos”, pero de forma mucho más acusada, con las imágenes. De ahí que los legisladores de diferentes países del entorno europeo hayan tratado de aportar una solución al problema de la reutilización, por parte de agregadores y buscadores, de los contenidos cuyos derechos de propiedad intelectual pertenecen a terceros.

**387.** Francia y España ofrecen, en este sentido, dos modelos importantes reformas legislativas, diseñados para paliar este fenómeno de captación del valor con las popularmente conocidas como “Tasas *Google*”. Esta terminología resulta, no obstante, un tanto inadecuada, por cuanto ni estamos ante “tasas”, en el sentido fiscal del término, ni afectan únicamente al prestador de servicios *Google*. Cada una de ellas tiene un contenido y una puesta en funcionamiento diferentes. Así, el legislador español ha

---

contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos”.

<sup>820</sup>CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, op. cit., p. 3.

optado por hacer frente a la actividad de los servicios de agregación de actualidad del tipo *Google News*, mientras que el legislador francés se ha decantado por los servicios de referenciamiento de imágenes, del tipo de *Google Images* (Sección 2ª).

## **Sección 1ª: La solución española a la captación del valor operada por parte de los servicios de agregación de noticias**

**388.** La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modificó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, TRLPI), introdujo un nuevo artículo 32.2<sup>821</sup> en aquel, dividido en dos párrafos. En él se regulan dos nuevas excepciones o límites al derecho de autor en relación con la actividad de los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos periodísticos y de los prestadores de servicios de búsqueda de contenidos en la red, respectivamente.

**389.** El servicio de agregación consiste en reunir en un mismo lugar (sitio o página web) contenidos procedentes de sitios web ajenos para ofrecerlos a los usuarios de forma ordenada y mostrándoles un enlace al sitio originario para que puedan ampliar la información. Aunque la nueva excepción contenida en el art. 32.2 TRLPI no lo diga expresamente, debemos estar ante agregadores de noticias. Entran dentro de esta categoría los servicios *Google News*, *Yahoo News*, *Barrapunto*, *Digg*, o los servicios prestados mediante aplicaciones como *Flipboard* o *Pocket*. Los agregadores pueden

---

<sup>821</sup>Uno de los puntos fundamentales de la Ley 21/2014 fue la reforma del artículo 32 del TRLPI, el cual regula los límites o excepciones al derecho de autor en materia de citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica. En primer lugar, dicha reforma amplió considerablemente el ámbito de aplicación de límite ya existente en el artículo 32.2 TRLPI (que pasa ahora a ser el 32.3), para que el uso, en el marco de la educación reglada, de pequeños fragmentos de obras y obras aisladas de carácter plástico o fotográfico, quedara cubierto en las modalidades a distancia en línea. En segundo lugar, se introdujeron dos nuevos límites: el primero, en el art. 32.4 TRLPI, tiene como finalidad permitir el uso parcial de obras o publicaciones por parte de las universidades y centros públicos de investigación. Se trata de un límite sujeto a remuneración equitativa, y de gestión colectiva obligatoria. El segundo límite, que poco o nada tiene que ver con el límite de cita al que tradicionalmente se ha referido este artículo, tiene como objeto la agregación y búsqueda de noticias en línea. Se trata, pues, de un límite destinado a permitir que los agregadores y motores de búsqueda puedan establecer enlaces a contenidos periodísticos disponibles en línea. Por cuanto respecta al caso de los agregadores, el límite introducido va acompañado de una remuneración, circunstancia que hizo de este nuevo límite una de las cuestiones que mayores polémicas levantó durante la tramitación de dicha Ley. Tras la intervención de la Ley 2/2019, el artículo 32 se ha visto nuevamente modificado mediante la inserción de un nuevo párrafo en su apartado 1º, en virtud del cual “la reproducción, distribución o comunicación pública, total o parcial, de artículos periodísticos aislados en un dossier de prensa que tenga lugar dentro de cualquier organización requerirá la autorización de los titulares de derechos”.

hacer esta labor de puesta a disposición de forma automática, sin que sea necesario que obedezca a una consulta previa del usuario<sup>822</sup>.

**390.** Nos encontramos así ante nuevos usos de la prensa en el ámbito digital. Y si los mismos han retenido la atención del legislador es porque implican una reutilización, por parte de ciertos prestadores de servicios de la información, del contenido de una publicación de prensa protegida y difundida en línea. En efecto, los usos de las obras por parte de los agregadores de noticias de actualidad pueden ser analizados jurídicamente como constitutivos de un acto de explotación (§1). Para favorecer estos usos, el legislador español introdujo una nueva excepción al derecho de autor cuyo régimen se encuentra regulado en el artículo 32.2 del TRLPI (§2).

## **§ 1. El conflicto de intereses entre los editores de prensa y los agregadores de noticias en línea. La existencia de un acto de explotación.**

**391.** El uso de las obras procedentes de sitios web ajenos por parte de los servicios de agregación de noticias en línea constituye un acto de explotación. Para una mejor comprensión del mismo, realizaremos una serie de consideraciones previas sobre el funcionamiento de los servicios de agregación, y la captación del valor que éstos realizan en detrimento de los titulares de derechos (A). Seguidamente, analizaremos los motivos por los cuales dichas actividades no podían ser realizadas libremente atendiendo al Derecho vigente con anterioridad a la reforma operada por el legislador español en el año 2014 (B).

### **A. El funcionamiento de los servicios de agregación y la captación del valor de las publicaciones de prensa**

**392.** El reconocimiento de una nueva excepcional derecho de autor para las actividades de agregación de noticias en España fue, curiosamente, el fruto de una

---

<sup>822</sup>S. LÓPEZ MAZA, “Comentario al art. 32 LPI” in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, p. 620-672, en p. 650.

reclamación de los editores de prensa locales, representados por la *Asociación de Editores de Diarios Españoles* (AEDE). Entre los argumentos presentados al legislador para justificar la necesidad de proceder a una modificación del marco jurídico, alegaban que la actividad de los agregadores les restaba visitas, en la medida en que el usuario acude directamente a estas páginas web para informarse sobre un tema de actualidad, en lugar de acudir a la fuente originaria. De ello deriva una competencia directa entre el sitio original y la actividad de los prestadores de servicios de agregación de noticias. En consecuencia, ponían de manifiesto la existencia de un aprovechamiento indebido del esfuerzo creativo y económico ajeno, puesto que estos agentes ni solicitan las autorizaciones ni retribuyen a los titulares de derechos de los contenidos utilizados.

Limitarnos a este único razonamiento no nos permitiría, sin embargo, entender el conflicto que se plantea entre los servicios de agregación de noticias de actualidad y los editores de prensa en toda su plenitud. El argumento de la captación del valor es pertinente, pero no suficiente, por cuanto entre ambos actores existe, en realidad, una relación de interdependencia. Los primeros necesitan, ciertamente, nutrir sus servicios con contenidos procedentes de las publicaciones de prensa, pero los segundos también necesitan del servicio de agregación para mejorar su visibilidad dentro de la sobreabundancia de información que existe en las redes digitales. Estar en Internet y no aparecer en los resultados de búsqueda o incluso hacerlo de manera poco atractiva es como no existir. Bajo el prisma de la visibilidad que ofrecen estas plataformas, contribuyen sin duda tanto o más a un aumento de la audiencia de las páginas de los editores de prensa que a su disminución, y de ahí que los editores españoles hayan solicitado la intervención del legislador para permitir que la actividad de los servicios de agregación pudiera desarrollarse en un marco legal y quedando, sin embargo, sujeta al pago de una compensación.

El problema, en definitiva, no se reduce a la existencia de una captación del valor por parte del servicio de agregación, y es posible relativizar los argumentos avanzados para apoyar tanto una posición como la obra. De ahí que sea difícil alcanzar un equilibrio entre la necesidad de preservar el medio por el cual se accede a la información y la necesidad de preservar la fuente de la información<sup>823</sup>. El objetivo de una intervención

---

<sup>823</sup>N. MARTIAL-BRAZ, “Le droit voisin des éditeurs de presse dans la Directive sur le droit d’auteur dans le Marché numérique: L’opportunité d’une consécration en question”, *Entertainment & Law* 2018, nº 4, p. 295 y s.

del legislador en este campo ha de ser, por tanto, el de asegurar un reparto equitativo entre el valor generado por los editores de prensa que producen la información, y las plataformas o servicios que la reutilizan, o lo que es lo mismo, un equilibrio entre los intereses económicos asociados a la producción de la información, y los intereses asociados a la actividad que asegura su visibilidad en línea.

**393.** En términos jurídicos, el reconocimiento de una excepción al derecho de autor presupone que la actividad de los servicios de agregación sea susceptible de constituir un acto de explotación de obras y prestaciones protegidas por un derecho de propiedad intelectual. Como avanzábamos al principio del presente capítulo, a medida que ha ido creciendo la amplitud de contenidos puestos a disposición en línea, las herramientas de identificación se han vuelto más sofisticadas. En este sentido, las actividades realizadas por los motores de búsqueda entran en conflicto con la propiedad intelectual cuando suponen una reutilización de todo o parte de los contenidos cubiertos por un derecho de propiedad intelectual. En este sentido, los agregadores de prensa no se limitan a ofrecer un contenido que corresponda a una palabra clave, sino que clasifican las referencias en función de su grado de pertinencia, y ofrecen extractos potencialmente útiles de los recursos buscados. En la presentación que hacen en los resultados de búsqueda, realizan actos de reproducción y puesta a disposición del público de contenidos que figuran en las páginas web ajenas mediante los denominados *snippets*<sup>824</sup> y *thumbnails*<sup>825</sup>, sin solicitar la oportuna autorización de los titulares de derechos.

Lejos de ser anodinas, estas prácticas se han desarrollado de forma masiva en las redes digitales, de manera que, aunque aisladamente puedan parecer actos de poca entidad, no lo es tanto su uso generalizado. Y si bien los servicios de agregación alegan que, por medio de estas actividades, los medios originarios de comunicación pueden aumentar el número de visitas hacia sus páginas, ya que el acceso al contenido completo requiere acudir a la página web del editor, el peligro se plantea porque, en muchas ocasiones, los *snippets* pueden tener ser utilizados con carácter sustitutivo del sitio web

---

<sup>824</sup> Por *snippet* se entiende un breve extracto de una noticia de prensa que figure en un medio de información de publicación o actualización periódica.

<sup>825</sup> Un *thumbnail* consiste en una reproducción en miniatura de alguna de las fotografías que ilustra el acontecimiento de actualidad y que aparece publicada en un medio informativo.

originario<sup>826</sup>. En otras palabras, la lectura de los *snippets* puede resultar suficiente para el lector para colmar su necesidad de información, sin tener seguidamente que acudir a la lectura del artículo completo en la prensa. En estos casos, las redes sociales, los agregadores y los motores de búsqueda pueden satisfacer la demanda de los usuarios gracias a la usurpación del contenido procedente de las publicaciones de prensa. Aquí reside una de las principales diferencias entre el “consumo” de información y el consumo de otros bienes culturales como la música, un libro o un vídeo. El hecho de que el lector prescinda de visitar el sitio web del editor, impide a éste aumentar su audiencia, y con ello, incrementar sus ingresos publicitarios. Por otra parte, tampoco hay que ignorar que la redacción de los títulos, así como de los primeros párrafos que resumen, en pocas frases, el contenido del artículo, supone una inversión por parte de los periodistas y de los editores.

**394.** El uso de las publicaciones de prensa por parte de los servicios electrónicos de agregación constituye, en definitiva, un acto de explotación, por la reproducción y puesta a disposición que realizan de contenidos de un sitio web ajeno. En estas condiciones, es necesario obtener una autorización por parte del titular de derechos.

## **B. La necesidad de una autorización por parte del titular de derechos**

**395.** La consecuencia lógica del hecho de que la actividad de los servicios de agregación pueda ser analizada jurídicamente como un acto de explotación, es la necesidad de obtener una autorización por parte de los titulares de derechos. Como era de esperar, varios son los argumentos que los agregadores de noticias han esgrimido para tratar de escapar a esta necesidad de obtener una autorización y al pago de la remuneración subsiguiente.

**396.** En primer lugar, los agregadores han apoyado sus pretensiones en el derecho a la información del público, alegando que ante la exigencia de pagar por estos usos que prestan “gratuitamente”, quedarían abocados al cierre de sus servicios. Como

---

<sup>826</sup>El análisis de impacto efectuado por la Comisión estimó que un 57% de los usuarios consulta la prensa por medio de las redes sociales, los agregadores y motores de búsqueda. Un 47% de los usuarios se limita a consultar y leer los extractos de información sin pinchar sobre el enlace para acceder al artículo completo en la página del editor (Citado en *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, Rapport CSPLA 2018, p. 12).

quedó expuesto en un apartado anterior, la falta de definición legal de los derechos fundamentales ha resultado muy propicia a una interpretación muy amplia, capaz de amparar hasta las pretensiones más abusivas para paralizar el ejercicio de los derechos de autor<sup>827</sup>. En lo que al derecho a la información del público se refiere, el alcance del mismo es tan ambiguo que precisamente la introducción una nueva excepción en la legislación española ha tratado de ser justificada como una medida para fomentar el desarrollo legal de estos servicios, lo cual redundaría en una mayor y mejor información del público. En definitiva, todo es una cuestión de equilibrio entre el derecho de autor y el derecho a la información, que con mayor o menor acierto podrá lograr el legislador. En ningún caso el derecho a la información debería bastar por sí solo para denegar el ejercicio al derecho de los autores, cuando el uso de sus obras por terceros puede ser caracterizado como un auténtico acto de explotación.

**397.** En segundo lugar, otro de los argumentos más movilizadas por los servicios de agregación de noticias consiste en afirmar que éstos no suponen un daño para los titulares de derechos, sino que por el contrario les benefician, puesto que les permiten obtener un mayor número de visitas en sus páginas web. En este sentido, apoyan sus pretensiones en la doctrina sobre el uso inocuo (*ius usus inocui*), siguiendo la posición del Tribunal Supremo español en su Sentencia de 3 de abril de 2012<sup>828</sup>. El Tribunal Supremo determina que el uso es inocuo recurriendo a la regla de los tres pasos, pero sin enmarcar la conducta en ningún límite. Se olvida, así, de que el artículo 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual únicamente debería emplearse para interpretar alguno de los límites fijados en la Ley y no respecto a la explotación realizada de la obra<sup>829</sup>. Las imágenes en miniatura no fueron objeto de análisis en esta sentencia, pero todo apunta a que el Tribunal Supremo se hubiera decantado por una interpretación flexible del límite de las reproducciones provisionales para amparar los *thumbnails*, tal y como hizo con las copias en caché ofrecidas en enlace en la página de resultados, o directamente hubiera acudido a la regla de los tres pasos para ponderar su uso inocuo, olvidándose de

---

<sup>827</sup> Vid. *supra* nº 52

<sup>828</sup> STS (Sala de lo Civil) de 3 de abril de 2012, nº 172/2012, *Megakini c/ Google*

<sup>829</sup> P. CÁMARA ÁGUILA, “L’application du test des trois étapes par le Tribunal Supremo espagnol: l’affaire Google”, in *Mélanges en l’honneur d’André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 104.



que esta regla únicamente debe ser utilizada cuando la conducta ya ha sido incluida en uno de los límites tasados<sup>830</sup>.

En todo caso, es arriesgado sostener aquí el argumento del uso inocuo si tenemos en cuenta que estos servicios se han desarrollado de forma masiva y no aislada. El problema no son los *snippets* o *thumbnails* individualmente considerados, sino su empleo masivo por parte de los motores de búsqueda u otras plataformas. Como afirma J. LAPOUSTERLE, “algunos usos dotados de un alcance limitado aisladamente considerados, pueden comprometer la explotación comercial de la obra si se repiten a gran escala”<sup>831</sup>.

**398.** En tercer lugar, se ha invocado también la teoría de la licencia implícita<sup>832</sup>. Esta teoría se basa en el hecho de que, en principio, los titulares de las publicaciones objeto de la agregación de contenidos de fragmentos de las mismas, tienen la posibilidad de impedir esta actividad de agregación. Para ello, basta que el titular utilice un fichero *robots.txt* para impedir o controlar el rastreo por parte de los buscadores, y la consiguiente agregación de noticias<sup>833</sup>. Esta teoría de la licencia implícita ha sido corroborada por la STS de 3 de abril de 2012<sup>834</sup>, así como por la jurisprudencia del TJUE en materia de enlaces<sup>835</sup>. Así, en los asuntos *Svensson*<sup>836</sup> y *BestWater*<sup>837</sup>, el alto órgano jurisdiccional de la Unión Europea ha venido a afirmar que el establecimiento de enlaces conducentes a páginas web o contenidos que se encuentran puestos a

---

<sup>830</sup> J.-J. CASTELLÓ PASTOR, “Los snippets (o fragmentos de texto) en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual: ¿por qué tu sí y yo (Thumbnails) no?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Vol. 2, nº 6, 2015, p. 57-72.

<sup>831</sup> J. LAPOUSTERLE, “L’usage commercial en droit d’auteur: indifférence véritable ou déni?”, in *L’usage commercial des biens intellectuels*, Mare et Martin, PUS, 2020 (pendiente de publicación).

<sup>832</sup> C. MANARA, “Référencement et droit d’auteur”, *Propriété Intel.*, nº 19, avril 2004, p. 154: “El [funcionamiento de la] Web sería mucho más simple si se aceptase considerar que toda puesta en línea de un contenido se analiza como una licencia otorgada a los usuarios para enlazar y referenciar”.

<sup>833</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Tasa Google o Canon AEDE. Una reforma desacertada”, *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, nº 11, 2015, p. 53-94.

<sup>834</sup> STS de 3 de abril de 2012, asunto *Megakini*, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi marg. nº 2012/5272.

<sup>835</sup> En un sentido contrario se ha pronunciado, sin embargo, el propio TJUE con respecto a la puesta en línea en un sitio de Internet, sin la autorización del titular de los derechos de autor, de una fotografía previamente publicada sin medidas restrictivas y con la autorización de dicho titular, en otro sitio de Internet en la STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen y Dirk Renckhoff* (vid. *infra*, nº 429).

<sup>836</sup> STJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, *Svensson y Retriever Sverige AB*, asunto C-466/12, *Juris art etc.*, nº 13/2014, p. 35 s., *D.* 2014, p. 480; *ibid.* p. 2078, obs. P. Sirinelli; *ibid.* 2317, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; *RTD com.* 2014. P. 600, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* 2014, comm. 34, Ch. Caron.

<sup>837</sup> ATJUE (Sala Novena), de 21 de octubre de 2014, asunto C-348/13, *BestWater International GmbH y Michael Mebes y Stefan Potsch*; *D.* 2014, p. 2293, *Juris art etc.*, nº 20/2014, p. 37; *CCE* 2014, comm. 92, Ch. Caron.

disposición del público sin restricciones de acceso es libre. La solución es la misma aun cuando ello se haga por medio de enlaces profundos o de la llamada técnica del *framing*, permitiendo de este modo que el contenido se muestre en la propia web del actor que establece dicho enlace. Sin embargo, y como afirma I. GARROTE, “el TJUE no acierta al excluir el caso de los marcos o *frames* del concepto autónomo de comunicación al público . Los marcos hacen visualmente accesible al público la obra desde un sitio web distinto al inicialmente previsto por el titular del derecho [...], haciendo posible así una cierta apropiación del contenido ajeno . Entender en casos como estos que no hay acto de comunicación al público o que hay una presunción de autorización implica *de facto* el agotamiento parcial del derecho de comunicación al público sin que exista una justificación suficiente para admitir dicho agotamiento”<sup>838</sup>.

Aunque mediante razonamientos jurídicos no del todo oportunos, la jurisprudencia del TJUE en materia de enlaces trata de establecer un equilibrio entre la necesaria protección de los autores y titulares de derechos con respecto a los enlaces que favorecen las violaciones de derechos, y la preservación de la libertad de enlazar, que ha sido juzgada como consubstancial a Internet. Existe, no obstante, una diferencia significativa entre los simples enlaces y los *snippets* y *thumbnails* que muestran los servicios de agregación. Lo que hasta ahora la jurisprudencia del TJUE ha venido a garantizar es el procedimiento técnico que consiste en reenviar de una página web a otra cuando el contenido en el sitio de origen es de acceso libre. En definitiva, el establecimiento de un enlace es un simple procedimiento técnico. El enlace en sí mismo sólo integra la URL de la página de destino. En cambio, la selección de un texto adicional o de una fotografía que ilustra una noticia de actualidad es obra de la persona que establece en enlace. En consecuencia, la actividad de los servicios de agregación va más allá del mero establecimiento de un enlace hacia un contenido protegido, haciendo un auténtico uso del mismo.

**399.** Tampoco es admisible el argumento de la falta de originalidad de los contenidos que los servicios de agregación reutilizan y ponen a disposición del público. La confusión reside en la separación entre lo que pertenece al campo de las ideas – es decir, la información como tal – y la forma en que ésta es redactada o presentada. Las

---

<sup>838</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “El concepto autónomo de «comunicación al público» en la jurisprudencia del TJUE”, *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, nº 61 (enero-abril 2019), p. 13-67, en p. 45.

informaciones, integradas en una creación de forma, dan lugar a obra protegible por el derecho de autor. Ciertamente es que los *snippets* consisten en pequeños fragmentos de texto. Sin embargo, no hay que olvidar que la definición amplia del derecho de reproducción abarca también la reproducción parcial. En este sentido, la STJUE de 16 de julio de 2009, en el asunto *Infopaq*<sup>839</sup>, ha reconocido la originalidad de una secuencia de once palabras. El TJUE considera así que determinadas frases sueltas extraídas de un texto pueden transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación<sup>840</sup>. Con ello, el TJUE sienta las bases de las líneas de la interpretación de la noción de reproducción “parcial” de un texto protegido por el derecho de autor. En definitiva, nada excluye *a priori*, que el fragmento de texto que acompaña el enlace pueda ser original<sup>841</sup>. Además, tampoco hay que olvidar que los títulos también pueden quedar protegidos, en todo o en parte por el derecho de autor, siempre que sean originales<sup>842</sup>.

**400.** En cuanto a la posible inclusión de las actividades de agregación en el campo de las excepciones al derecho de autor ya existentes, tampoco ninguna de ellas puede realmente dar cabida a estos supuestos. En primer lugar, el límite de excepción o de cita, tal y como lo reconoce el artículo 5.3 d) de la Directiva 2001/29/CE, se refiere a la cita con fines de crítica o de reseña. Sin embargo, la labor de los agregadores no es reseñar una noticia ni criticarla, sino que se limitan a reproducir literalmente fragmentos no significativos. A mayor abundamiento, en el ordenamiento jurídico español, la labor de los agregadores y buscadores no es amparable en el límite del art. 31.1.1º TRLPI pues éste exige una finalidad docente o de investigación que no se cumple en estos casos<sup>843</sup>.

---

<sup>839</sup> STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08, *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*. Para un estudio pormenorizado de esta sentencia *vid.* P. CÁMARA ÁGUILA, “La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto *Infopaq*”, *Aranzadi civil-mercantil* 2012, Vol.2, núm. 8 (diciembre), p. 111-129.

<sup>840</sup> Apartado nº 47 de la STJUE de 16 de julio de 2009, *Infopaq* anteriormente citada.

<sup>841</sup> Cuestión distinta es que el Derecho de la Unión Europea, en la recientemente adoptada Directiva 2019/790 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*, haya decidido que los fragmentos “muy breves” de texto queden fuera del ámbito de aplicación del nuevo derecho vecino o conexo de los editores de prensa. La Directiva se apoya en un criterio cuantitativo (la brevedad del fragmento) y no cualitativo (si el mismo es original o no). Sobre esta cuestión, *vid. infra*, nº472.

<sup>842</sup> C. VALDÉS DÍAZ, “El título de la obra y su protección por el derecho de autor”, *Anuario de Propiedad Intelectual* 2016, Reus, Madrid, 2017, p. 211-255.

<sup>843</sup> A contrario, R. XALABARDER, “La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 20, junio 2015, págs. 121-139. UOC, p. 129: “incluso en el supuesto de que “enlazar” a contenidos libremente accesibles en línea fuera efectivamente un acto de comunicación pública (o, concretamente, de puesta a disposición), su ejercicio en relación con los contenidos periodísticos disponibles en línea quedaría exento de cualquier

Por otra parte, la excepción de *press clipping* establecida en el artículo 5.3 c) de la Directiva 2001/29/CE<sup>844</sup> tampoco es aplicable a estos supuestos, porque este precepto se refiere a la prensa que utiliza artículos ajenos sobre temas de actualidad, mientras que los agregadores de noticias no son editores de prensa.

Asimismo, tampoco la reproducción de fragmentos de contenidos o imágenes por parte de los servicios de agregación podría quedar amparada bajo la excepción de copia temporal (art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE), puesto que dicha reproducción ni es transitoria o accesoria, ni de ninguna manera es necesaria para una transmisión en la red entre terceras partes por un intermediario<sup>845</sup>.

**401.** Por último, tampoco se puede decir de estos agregadores que sean intermediarios pasivos a los que pueda aplicárseles alguna de las exoneraciones de responsabilidad previstas para los prestadores de servicios de la sociedad de la información en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico. Muchos de ellos ofrecen resultados automáticamente clasificados por categorías, o son enviados a los usuarios por los servicios de correo electrónico sin que una búsqueda haya sido efectuada previamente. Además, pueden permitir a los usuarios cambiar o personalizar la presentación, de forma que éstos puedan concentrarse únicamente en los temas que les interesan. Existe pues una verdadera competencia desleal entre el motor de búsqueda y los editores de prensa. El primero no se limita a publicar enlaces, sino que reproduce partes significativas de los artículos publicados en periódicos o revistas, seleccionando y clasificando la información. En consecuencia, no se comporta como un “intermediario pasivo”, sino que desempeña una labor editorial<sup>846</sup>. En estos términos se ha pronunciado la Corte de Apelación de Bruselas en el asunto *CopiePresse*<sup>847</sup>.

**402.** En definitiva, la falta de pertinencia de estos argumentos nos lleva a concluir que el desarrollo de una actividad de agregación de contenidos de prensa no

---

autorización (y, posiblemente, compensación) en virtud del límite de cita previsto en el art. 10(1) del Convenio de Berna (en adelante, CB), que autoriza expresamente “las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa». De esta manera establece el CB un equilibrio entre ambos derechos fundamentales (acceso a la información y propiedad intelectual); equilibrio que debe asegurarse también en el contexto digital”.

<sup>844</sup> Su equivalente en el Derecho español se encuentra en el artículo 33 TRLPI.

<sup>845</sup> A contrario, R. XALABARDER, “La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 20, junio 2015, págs. 121-139. UOC, p. 124.

<sup>846</sup> *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, Rapport CSPLA 2018, p. 18.

<sup>847</sup> Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, de 5 de mayo de 2011, asunto nº 2011/2999.

puede prescindir de la debida autorización por parte de los titulares de derechos. En este contexto, el legislador español decidió reconocer un nuevo límite por medio de la Ley 21/2014 cuyo régimen se expone a continuación.

## **§ 2. El reconocimiento de una nueva excepción al derecho de autor en el artículo 32.2.1ºTRLPI**

**403.** La solución española al problema de la captación del valor de las publicaciones de prensa por parte de los servicios electrónico de agregación de contenidos se ha traducido en el reconocimiento de una nueva excepción o límite al derecho de autor cuyo régimen jurídico figura en el artículo 32.2. 1º del TRLPI (A). La adopción de este nuevo límite en el año 2014 levantó una gran polémica, y una serie de circunstancias condujeron a su fracaso, razón por la cual es necesario proceder a una valoración crítica del dispositivo (B).

### **A. El régimen del límite reconocido en beneficio de los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos**

**404.** El nuevo límite reconocido en beneficio de los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos se basa en un sistema de compensación equitativa (2), cuyo ámbito de aplicación se detalla en el artículo 32.2.1º TRLPI (1).

#### ***1. El ámbito de aplicación del límite***

**405.** El artículo 32.2 del TRLPI introduce un nuevo límite o excepción al derecho de autor para favorecer las actividades de los servicios de agregación en su párrafo primero, redactado en los siguientes términos: “la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin

perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización”. Un segundo límite figura en el párrafo segundo en virtud del cual el legislador autoriza la puesta a disposición del público, por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas en la Web<sup>848</sup>.

El precepto introducido en el artículo 32.2 TRLPI se compone así de un doble límite: uno para los agregadores, y el otro para los motores de búsqueda, aunque sólo el primero – que constituye el objeto de nuestro estudio – queda sujeto al pago de una remuneración equitativa, de gestión colectiva obligatoria. Con ello se pretende compensar económicamente a los editores y autores de noticias por la explotación que hacen de sus contenidos los agregadores y motores de búsqueda en línea, asegurando con ello una nueva fuente de ingresos al sector periodístico. Se trata de una excepción al derecho de autor un tanto atípica<sup>849</sup>, pues si bien su justificación reside en garantizar el derecho y libertad fundamentales de comunicar o recibir información por cualquier medio (artículo 20.1.d) de la Constitución española), su introducción se hizo a petición de los titulares de derechos, y no de los servicios de agregación ni de los ciudadanos, que de hecho lo criticaron de forma virulenta. Con ello, el límite impide que los titulares de derechos puedan oponerse, o condicionar por medio de licencias, la agregación de contenidos por parte de terceros.

**406.** Los beneficiarios de la autorización legal son los “prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos”. En consecuencia, el TRLPI no se refiere a los medios de comunicación en general, sino únicamente a los agregadores. El concepto

---

<sup>848</sup> Art. 32.2.2º TRLPI: “Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos”.

<sup>849</sup>R. XALABARDER, “La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 20, junio 2015, págs. 121-139. UOC, p. 124.

de prestador de servicios no se encuentra definido ni en la Ley de Propiedad Intelectual, ni en la Ley 21/2014, sino en el Anexo de la Ley 34/2012, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Así, “prestador” será la persona física o jurídica que proporcione un servicio de la sociedad de la información. Por “servicio de la sociedad de la información” se entiende todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

En el artículo 32.2.1º TRLPI se incluyen tanto los prestadores de servicios que actúan con ánimo de lucro, como los que presten ese servicio de agregación de contenidos sin finalidad lucrativa<sup>850</sup>. El agregador puede tener un lucro directo (por ejemplo, cobrando a sus clientes por el servicio de agregación) o indirecto (por ejemplo, a través de anuncios). En todo caso, el artículo 32.2.1º TRLPI parece estar pensado para agregadores que se dediquen profesionalmente a esta labor, es decir, prestadores cuya actividad económica consista en servicios de agregación. De ahí que no se consideren beneficiarios del límite a los *bloggers*, es decir, usuarios particulares que utilizan contenidos en sus blogs personales, pues dicha labor la realizan de manera circunstancial. Tampoco lo son, a pesar de la amplitud de la formulación del límite, las redes sociales, aun cuando éstas ofrezcan a los usuarios espacios para compartir contenidos informativos mediante enlaces (*Facebook* o *Twitter*, entre otros). En estos casos, los usuarios normalmente establecen enlaces a noticias, pero no reproducen sistemáticamente los contenidos de los sitios web, que es a lo que se refiere el límite del artículo 32.2.1º TRLPI<sup>851</sup>. Lo que no indica el artículo 32.2.1º TRLPI es si ese servicio ha de ser prestado de forma automatizada por el prestador (como es el caso del servicio *Google News*,) o si cabe que los contenidos sean agregados por la acción de terceros ajenos al sitio web de ese prestador, como ocurre con los sitios de agregación

---

<sup>850</sup> Al contrario de lo que ocurre con el artículo 32.2.2º LPI, el párrafo primero no exige que el agregador carezca de finalidad comercial.

<sup>851</sup> S. LÓPEZ MAZA, “El límite sobre agregadores y buscadores” in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 96. En sentido contrario, R. XALABARDER, “La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 20, junio 2015, págs. 121-139. en p. 124: opina que en la medida en que cualquier página web podría calificarse bajo tan amplia definición, no sería de extrañar que el límite compensado alcance no solo a la agregación de noticias, propiamente dicha, sino también de otros contenidos que circulan en línea, tanto en portales editoriales, como en blogs o páginas de redes sociales, y relativos a, por ejemplo, temas de moda, de cine, de teatro, etc.

colaborativa del estilo de *Menéame* en España. En la medida en que la Ley no dice nada, no hay razón para excluirlos del disfrute de ese límite<sup>852</sup>.

**407.** En cuanto a los derechos de explotación que entran dentro del ámbito de aplicación del límite, llama la atención que éste sólo cubra formalmente la “puesta a disposición”, pero no la “reproducción” de contenidos protegidos. Sin embargo, si los agregadores de noticias realizan algún acto de explotación lo es más claramente en cuanto a su reproducción (al mostrar parte de la obra/noticia enlazada) que, a la puesta a disposición, propiamente, de tales obras. Dejando de lado la más que posible deficiente técnica normativa, ello podría significar que la reproducción queda implícitamente incluida bajo la puesta a disposición autorizada. En estos términos se pronunció el TJUE su Sentencia de 11 de septiembre de 2014<sup>853</sup>. En el mismo sentido, S. LÓPEZ MAZA<sup>854</sup> entiende que no es necesaria la referencia al derecho de reproducción, pues ésta quedaría implícitamente incluida en la puesta a disposición, ya que para llevar a cabo ésta, es necesaria aquélla con carácter previo.

**408.** Por otra parte, la autorización legal alcanza a los enlaces que se hagan a “contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento”. En consecuencia, el artículo 32.2.1º alude a dos fuentes de donde pueden ser extraídos los contenidos. La primera son las publicaciones periódicas. En principio, debemos considerar que el legislador está pensando aquí en publicaciones periódicas *on line*, puesto que en la medida en que dichas publicaciones estén en un formato tangible y en un entorno fuera de línea, es imposible que el buscador de un servicio de agregación pueda rastrearlas en la Web, salvo que previamente hubiesen sido digitalizadas.

La segunda fuente de procedencia de los contenidos son los sitios web de actualización periódica, y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión

---

<sup>852</sup>S. LÓPEZ MAZA, “Comentario al artículo 32 LPI”, *op.cit.*, p. 650.

<sup>853</sup>STJUE (Sala Cuarta) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-117/13, *Technische Universität Darmstadt contra Eugen Ulmer KG*, apartado nº 23 a 35, en particular en el apartado nº 35: “Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de «condiciones de adquisición o de licencia», que figura en el artículo 5, apartado 3, letra n), de la Directiva 2001/29, debe interpretarse en el sentido de que implica que el titular de los derechos sobre la obra de que se trate y un establecimiento mencionado en dicha disposición, tal como una biblioteca accesible al público, han celebrado un contrato de licencia o de utilización de dicha obra en el que se especifican las condiciones bajo las cuales el establecimiento puede utilizarla”.

<sup>854</sup>S. LÓPEZ MAZA, “Comentario al artículo 32 LPI”, *op. cit.*, p. 651.



pública o de entretenimiento. Estos dos requisitos tienen carácter acumulativo. El legislador no ha determinado cada cuánto tiempo se debe actualizar un sitio web para entenderlo susceptible de agregación. En todo caso, se requiere que la página se actualice con contenidos nuevos cada cierto tiempo (en el sentido de que todos o parte de sus contenidos han de renovarse de forma continuada) y, a pesar de que el artículo 32.2.1º TRLPI no lo diga expresamente, debemos entender que los temas sobre los que se informe han de ser de actualidad. En consecuencia, lo que no cabría es que, en virtud de esta nueva excepción, los agregadores de noticias se convirtieran en repositorios de noticias antiguas, funcionando como auténticas hemerotecas<sup>855</sup>. Esta segunda fuente abarcaría así todos aquellos sitios de medios de comunicación que se dedican a informar, crear opinión o entretener, tengan o no edición expresa (por ejemplo, sitios de radio o de televisión).

**409.** En lo que respecta a los tipos de obras que entran dentro del ámbito de aplicación del límite, el artículo 32.2.1º TRLPI excluye expresamente tres categorías de contenidos: las obras fotográficas, las meras fotografías<sup>856</sup> y las imágenes. Esta última categoría es susceptible de englobar objetos diversos: gráficos, viñetas, dibujos, etc. El uso de estos tres tipos de contenidos – y por tanto la utilización de *thumbnails* – continúa, sin embargo, sujeto al derecho exclusivo, y por tanto requerirá la autorización del titular de derechos. Podemos interpretar que el legislador entiende aquí que la reproducción de estos contenidos no es necesaria para conseguir la finalidad informativa que deben perseguir los agregadores, a pesar del alto valor informativo que puede tener una fotografía. Además, no cabría que los agregadores pudieran usar fragmentos no significativos de las mismas, puesto que ello afectaría al derecho moral a la integridad de la obra<sup>857</sup>.

---

<sup>855</sup>S. LÓPEZ MAZA, “Comentario al artículo 32 LPI”, *op.cit.*, p. 653.

<sup>856</sup> La Ley española de Propiedad Intelectual hace una distinción entre la obra fotográfica (art. artículo 10.1 h) TRLPI) y las meras fotografías (art. 128 TRLPI). Para que una fotografía tenga la consideración de obra fotográfica tiene que recibirla condición de “obra”. El artículo 10 LPI se refiere a las obras como “creaciones originales”, siempre que sean “expresadas por cualquier medio o soporte”. Por su parte, el artículo 5.1 LPI exige necesariamente una actividad creativa humana (al referirse al autor como “persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica”). En consecuencia, la distinción entre obra fotográfica y mera fotografía radica en la “originalidad” de la foto, concepto que no aparece definido en la Ley, y que ha de ser interpretado conforme a la jurisprudencia. El artículo 128 TRLPI confiere al autor de una mera fotografía los derechos exclusivos de reproducción, comunicación y distribución pública, con una duración de veinticinco años contados a partir del día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.

<sup>857</sup>S. LÓPEZ MAZA, “Comentario al artículo 32 LPI”, *op. cit.*, p. 651.

Fuera de estas excepciones, no existe ninguna otra restricción al uso de contenidos. S. LÓPEZ MAZA opina, en este sentido, que la tipología de contenidos a utilizar debe quedar restringida a aquellos que tienen una finalidad informativa<sup>858</sup>. Es decir, es la finalidad informativa propia de los servicios de agregación de contenidos la que debe servir de criterio para restringir la tipología de contenidos que pueden quedar incluidos en el ámbito de aplicación del límite. Así, cabe hacer uso de obras escritas (fragmentos de texto), o de contenidos radiodifundidos (fragmentos de noticias emitidas por radio o televisión). En cambio, no cabría utilizar obras musicales, al carecer de finalidad informativa<sup>859</sup>.

**410.** Desde el punto de vista cualitativo, lo utilizado debe ser “no significativo”. El legislador ha rechazado así establecer un umbral cuantitativo del contenido ajeno que pueden mostrar los servicios de agregación, si bien queda claro que, al hablar de “fragmentos” de contenidos, se excluye la reproducción íntegra de los mismos. Ahora bien, este concepto jurídico carece de determinación, de manera que se deberá analizar caso por caso, lo cual no queda exento de problemas de inseguridad jurídica<sup>860</sup>. Por otra parte, el texto del artículo establece que tales fragmentos deberán ser “no significativos”. Esta formulación llama la atención porque precisamente los fragmentos que los agregadores muestran al enlazar a contenidos periodísticos son “significativos”: lo que se utiliza es justamente el título y las primeras líneas del artículo periodístico. Esto nos lleva a considerar que, si el hecho de enlazar por parte de motores de búsqueda y de agregadores supone realizar uno o varios actos de explotación (reproducción y puesta a disposición), lo sería respecto de fragmentos mayoritariamente “significativos”, pero difícilmente respecto de “fragmentos no significativos”. Tampoco esta expresión aclara del todo la extensión de la utilización permitida, puesto que pueden existir dudas a la hora de determinar qué se considera como “no significativo” de todo lo que figura en un sitio web. Si consideramos que la finalidad del servicio de agregación debe ser la de remitir al usuario hacia la fuente originaria de donde se extraen los contenidos para

---

<sup>858</sup>S. LÓPEZ MAZA, “Comentario al artículo 32 LPI”, *op. cit.*, p. 651.

<sup>859</sup>En sentido contrario, algunos autores consideran que sí pueden incluirse obras musicales porque el tenor literal del art. 32.2 TRLPI habla de “contenidos” en general, y porque este mismo artículo no exige al agregador una finalidad informativa. En este sentido, *vid.* R. XALABARDER, “The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law”, *IN3 Working Paper Series*, 30 de Septiembre de 2014, en p. 18.

<sup>860</sup>S. LÓPEZ MAZA, “Comentario al artículo 32 LPI”, *op. cit.*, p. 652: sugiere que el legislador hubiera debido determinar, por ejemplo, si cabe utilizar el titular de la noticia únicamente, o el titular y un par de líneas del artículo periodístico.

que amplíe su información, debería reproducirse únicamente lo necesario para llamar la atención del lector, pero incitando a éste a que acuda al sitio web de origen. Esta interpretación “finalista” del *snippet* es la que ha reconocido el legislador francés en su artículo L. 211-3-1 CPI.

**411.** En definitiva, el artículo 32.2.1º TRLPI ha incluido un nuevo límite destinado a autorizar la puesta a disposición del público de fragmentos no significativos de contenidos divulgados en publicaciones periódicos por parte de los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos. Con el fin de reequilibrar el el valor que éstos generan a través de las publicaciones protegidas, dicho límite se acompaña de un sistema de compensación equitativa de carácter irrenunciable.

## ***2. El sistema de compensación equitativa***

**412.** El límite en beneficio de los servicios de agregación de contenidos se acompaña de un derecho a percibir una compensación equitativa. A través de la misma, el legislador trata de equilibrar las posiciones de las partes implicadas, entendiendo que sus intereses están al mismo nivel: el interés de los editores en tener el máximo número de accesos posibles a sus páginas web, y el interés de los agregadores por ofrecer un nuevo servicio de la sociedad de la información que favorezca o facilite el acceso del público a la información. Para lograr este equilibrio, la Ley impone el pago de una compensación, popularmente conocida como “Tasa Google”<sup>861</sup> o “Canon AEDE”<sup>862</sup>. En consecuencia, esta nueva excepción constituye un verdadero derecho de mera remuneración. Con ello el legislador trata de compensar a los editores de prensa por el uso que hacen terceros de sus contenidos, respetando asimismo la regla de los tres pasos del artículo 40 TRLPI.

**413.** El titular de dicha remuneración es el editor de un medio de comunicación o de contenidos o, en su caso, otros titulares de derechos. Dicho editor no es el titular originario de los derechos de autor sobre los diversos contenidos que figuran en su publicación, sino cesionario de los mismos. Sin embargo, esta compensación le es

---

<sup>861</sup> Al ser *Google* el más simbólico de todos los agregadores, aunque afecta a todos ellos.

<sup>862</sup> El canon toma así el nombre de la asociación que solicitó el reconocimiento de este derecho, la *Asociación de Editores de Diarios Españoles* o AEDE.

otorgada en la medida en que tenga la condición de autor de la obra colectiva en la que se insertan las publicaciones de donde se extraen los contenidos. En cuanto a los “otros titulares de derechos” a los que hace referencia el artículo 32.2.1º TRLPI, éste no determina quiénes son. Con tal vaguedad, de haberse aplicado el mecanismo, hubiera sido previsible que se dieran conflictos a la hora de determinar quién era el acreedor de la compensación: el editor o productor, o incluso el autor. Lo lógico es que el mecanismo de compensación hubiera beneficiado también a los autores, o lo que es lo mismo, que el reparto del valor no sólo hubiese beneficiado a los editores de prensa, sino también a los autores de los artículos que nutre sus publicaciones<sup>863</sup>.

**414.** Por otro lado, los deudores de la compensación serán los prestadores del servicio de agregación de noticias que reproduzcan y pongan a disposición del público fragmentos de las mismas. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que la compensación no se paga por enlazar, sino por el uso de contenidos protegidos por parte de terceros. En consecuencia, cabría eludir el pago de la compensación si el agregador redactase por sí mismo el texto de la noticia y pusiera a disposición del público únicamente los enlaces a los que acudir para acceder a la información.

**415.** El artículo 32.2.1º TRLPI establece dos características esenciales de la compensación. En primer lugar, se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria, ya que su recaudación y posterior reparto sólo puede hacerse a través de una entidad de gestión – en este caso, CEDRO –. En segundo lugar, se trata de una compensación irrenunciable, por lo que no se podrá autorizar un uso gratuito de los contenidos. En consecuencia, si el titular quisiera autorizar el uso libre y gratuito de sus contenidos, por ejemplo, por medio de una licencia *Creative Commons*, no podrá hacerlo. Otro aspecto criticable de este carácter irrenunciable de la compensación deriva del hecho de que, habitualmente, las compensaciones de este tipo que la Ley establece lo son a favor de los autores, no de los titulares de derechos. Con ello, el legislador trata de proteger a la parte más débil o con menos capacidad de negociación. En consecuencia, algunos

---

<sup>863</sup> En este sentido, el derecho vecino reconocido en el artículo 15 de la Directiva 2019/790 obliga a los Estados miembros a establecer disposiciones mediante las cuales los autores de las obras incorporadas a una publicación de prensa reciban una parte adecuada de los ingresos que las editoriales perciban por el uso de sus publicaciones por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información. De esta forma, la corrección de la brecha del valor que por medio de este nuevo artículo 15 se pretende obtener, no beneficia únicamente a las editoriales de prensa, sino también a los autores que nutren estas publicaciones por medio de sus aportaciones.

autores consideran que, si se quería proteger a los autores, el legislador debería haber previsto la compensación para éstos directamente<sup>864</sup>.

**416.** Por último, el artículo 32.2.1º TRLPI no determina la cuantía de la compensación, ni el procedimiento para determinarla ni el sistema de pago. Como en el caso de la compensación equitativa por copia privada, habrá de atenderse al daño producido al titular de derechos. Puesto que no se trata de poner un precio al uso de contenidos protegidos, no cabría acudir al sistema de tarifas generales de las entidades de gestión<sup>865</sup>. Sin embargo, resulta complicado determinar el daño, pues en parte la actividad de los agregadores puede beneficiar a los titulares de contenidos al generar un mayor número de visitas a sus sitios web. En realidad, el daño que realmente es necesario compensar es aquel que se ocasiona cuando los fragmentos de noticias actúan como efecto sustitutivo y los usuarios no acuden al sitio de origen para ampliar la información.

## **B. Perspectivas críticas y fracaso del dispositivo**

**417.** La Ley 21/2014 nació ya con un periodo de caducidad, por cuanto en su disposición final 4ª se apuntaba la necesidad de preparar una reforma integral de la Ley de propiedad intelectual, ajustada plenamente a las necesidades y oportunidades de la sociedad del conocimiento. En la exposición de motivos de dicha Ley, se hacía referencia a tres grandes bloques que constituían el pilar básico de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: la copia privada, las entidades de gestión y la lucha contra las infracciones en entorno digital, justificándolos por tratarse de problemas cuya solución no podía esperar a la aprobación de una nueva ley integral de propiedad intelectual. Curiosamente, la reforma operada en el art. 32 del TRLPI no encaja en ninguno de los tres bloques mencionados y su revisión hubiera podido esperar perfectamente a un debate y reforma más pausados<sup>866</sup>. De hecho, su adopción fue una decisión de última hora, puesto que estos límites en beneficio de los agregadores y

---

<sup>864</sup>R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Tasa Google o Canon AEDE. Una reforma desacertada”, *op. cit.*; S. LÓPEZ MAZA, “Comentario al artículo 32 LPI”, *op. cit.*, p. 655.

<sup>865</sup>R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Tasa Google o Canon AEDE. Una reforma desacertada”, *op. cit.*; En sentido contrario, *vid.* R. XALABARDER, “La reforma del artículo 32 del TRLPI...”, *op. cit.*, p. 126.

<sup>866</sup>R. XALABARDER, “La reforma del artículo 32 del TRLPI...”, *op. cit.*, p. 121-139. UOC, en p. 122.

buscadores no venían recogidos en ninguno de los borradores del anteproyecto y aparecieron por primera vez en el proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros de 14 de febrero de 2014. Por este motivo, ninguno de los informes preceptivos, previos a la introducción del proyecto en las Cortes Generales pudo opinar al respecto.

Y si la necesidad de aportar una solución a la captación del valor por parte de los servicios electrónicos de agregación de contenidos no es discutible, la solución introducida por el artículo 32.2.1º TRLPI tergiversa algunos principios básicos de la disciplina y, en particular, infringe el marco europeo establecido en la Directiva 2001/29/CE<sup>867</sup>. En efecto, dicha Directiva estableció una lista exhaustiva de excepciones al derecho de autor, sin que los Estados Miembros quedaran capacitados a introducir otras nuevas. No parece que sea una mera casualidad que el límite haya sido en cierta forma camuflado dentro del límite de cita regulado en el artículo 32 TRLPI. A mayor abundamiento, el legislador español no cumplió con el trámite fundamental que exige la notificación a la Comisión Europea del nuevo límite del art. 32. 2 LPI. En efecto, el art. 8.1.3º de la Directiva 98/34/CE obliga a esta notificación respecto de normas que tengan relación con los servicios de la sociedad de la información con el fin de preservar la unidad del mercado interior. Esta falta de notificación en tiempo y en modo supone que no podría exigirse el cumplimiento de esta disposición.

Es cierto que no es hasta el año 2019 cuando el legislador europeo ha abierto la vía hacia una ampliación de los límites o excepciones al derecho de autor en la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*. Esta pasividad o lentitud del legislador europeo ha acentuado, sin duda, la impaciencia de los legisladores nacionales por tratar de encontrar una solución más rápida a ciertos problemas. Sin embargo, en este caso, hubiera sido más acertado proponer una solución basada en el derecho exclusivo, bajo la forma del reconocimiento de un derecho vecino, siguiendo el modelo alemán. Esta es, de hecho, la solución por la que se ha decantado el

---

<sup>867</sup> Cuestión que el TJUE ha confirmado por medio de sus Sentencias STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019, asuntos C-476/17 (*Pelham GmbH y Ralf Hütter*); C-516/17 (*Spiegel Online GmbH y Volter Beck*) y C-469/17 (*Funke Medien NRW y Allemagne*): *RTD Eur.* 2019, p. 927, chron. E. Treppoz; *Dalloz IP/IT* 2019, p. 465, obs. N. Maximin.

legislador europeo en el artículo 15 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*<sup>868</sup>.

Más allá de estos problemas de técnica legislativa, la solución española no ha tenido casi ninguna efectividad en la práctica. Por una parte, su adopción condujo al cierre de servicio *Google News*— principal prestador de este tipo de servicios — en España, un hecho duramente criticado por la opinión social. Por otra, ha existido una gran dificultad para determinar la cuantía de la remuneración. En este sentido, las tarifas establecidas por la entidad de gestión CEDRO para compensar a los editores fueron consideradas abusivas, alegándose que superiores al volumen de ingresos que algunos de estos servicios podían generar. Siendo el tema de las tarifas practicadas por las entidades de gestión un problema que no sólo afectaba a los prestadores de servicios electrónicos de agregación, la representación procesal de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (C.R.U.E.), interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la Orden EDC/2574/2015, de dos de diciembre de 2015, *por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual*, solicitando que se declarase la nulidad de la misma o de algunos de sus artículos. Estimado el recurso, el Tribunal Supremo, por medio de su Sentencia de 22 de marzo de 2018<sup>869</sup> declaró nula la citada orden por haber infringido en su tramitación, y más en concreto en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, la “Disposición adicional décima . Impacto de las normas en la familia”, de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, *de Protección a las Familias Numerosas*. Dicha Sentencia supuso así el fracaso definitivo del “Canon AEDE” o “Tasa *Google*” en España.

**418.** De este conjunto de circunstancias se infiere que, independientemente de la técnica legislativa elegida (derecho exclusivo, excepción, gestión colectiva obligatoria, etc.), sólo una solución a nivel supranacional sería capaz de contrarrestar la presión ejercida por los servicios electrónicos de agregación de contenidos<sup>870</sup>, a menudo

---

<sup>868</sup> Vid. artículo 15 de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*.

<sup>869</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª), nº 508/2018 de 22 de marzo de 2018.

<sup>870</sup> N. MARTIAL-BRAZ, “Le droit voisin des éditeurs de presse dans la Directive sur le droit d’auteur dans le Marché numérique: L’opportunité d’une consécration en question”, *Entertainment & Law* 2018, nº 4, p. 295 y s.: Es evidente que el peso de un actor como Google y la importancia del motor de

prestados por los gigantes de la Web. Las soluciones aisladas, a nivel local nunca difícilmente podrán hacer frente a las amenazas por parte de estos actores, de cerrar sus servicios en el Estado Miembro que les impone respetar el derecho exclusivo, o al menos, pagar una compensación por los usos de las obras ajenas. Así ha ocurrido no sólo en España, sino igualmente en Alemania. En estas condiciones, es imposible llegar a un equilibrio entre los prestadores de servicios y los titulares de derechos, y ello parece aplicable a todas las soluciones a nivel local en materia de reparto del valor. No obstante, y pesar del alcance limitado de las soluciones locales, el legislador francés ha tratado, por su parte, de introducir una serie de disposiciones para hacer frente a la captación del valor por parte de los servicios de referenciamiento de imágenes.

## **Sección 2ª: La solución francesa a la captación del valor operada por los servicios de referenciamiento de imágenes**

**419.** Al igual que ocurre con otros sectores de la creación artística, el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación ha afectado de forma sensible a la efectividad de los derechos, así como a la manera de gestionarlos, en el ámbito de las artes visuales. Las imágenes se encuentran, en efecto, omnipresentes en Internet, y son a menudo explotadas de forma masiva, sin que los autores sean ni remunerados ni siquiera informados. Los motores de búsqueda forman parte de los agentes más proclives al uso masivo de esta categoría de obras en línea. A pesar de que el servicio que ofrecen suele ser gratuito para el internauta, la utilización que efectúan de las imágenes protegidas les permite generar beneficios económicos importantes que, sin embargo, no reparten con los titulares de derechos<sup>871</sup>. Ante la potencia económica de este tipo de operadores, todo intento de negociación por parte de los titulares de derechos – de forma individual, o representados por las entidades de gestión colectiva – se ha revelado infructuoso. Ningún acuerdo de retribución a cambio de tales usos ha llegado a ser concluido en este campo.

---

búsqueda para asegurar la visibilidad de la información crea una cierta dependencia de los editores de prensa con respecto a la plataforma. Un tal desequilibrio no debería ser solucionado a escala nacional y no puede, en nuestra opinión, encontrar una solución más que a escala europea”.

<sup>871</sup> M.-A. FERRY-FALL, “Respect des droits: le combat de l’ADAGP”, *Juris art etc.* 2013, nº 4, p. 35.



**420.** Un conjunto de razones de orden económico y pragmático condujeron al legislador francés a introducir una serie de “disposiciones aplicables a la búsqueda y al referenciamiento de obras de arte plásticas, gráficas o fotográficas” en los artículos L. 136-1 y siguientes del CPI. Con ello, el legislador francés trataba de crear las condiciones de un nuevo equilibrio en las relaciones entre los titulares de derechos y los motores de búsqueda de imágenes, y ello con un doble objetivo: de un lado, permitir que los autores sean remunerados por los usos de sus obras en este ámbito; y de otro, simplificar los trámites que conlleva la obtención de autorizaciones para los motores de búsqueda.

**421.** En términos jurídicos, esta intervención, que el legislador francés consideró necesaria como medio lograr un mejor reparto del valor asociado a la reutilización de imágenes en línea, derivaba de la existencia de una serie de actos de explotación realizados por los motores de búsqueda de imágenes (§1). La solución introducida por medio de la Ley n° 2016-925 de 7 de julio de 2016 *relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine* consistió así en el reconocimiento de un nuevo derecho en beneficio de los titulares de derechos a obtener una remuneración (§2).

## **§1. Los actos de explotación realizados por los motores de búsqueda de imágenes**

**422.** El reconocimiento de un derecho a obtener una remuneración por los actos de referenciamiento o indexación de imágenes hace eco a la identificación de un nuevo uso o modalidad de explotación de las imágenes de obras de arte visuales en el entorno digital por parte de los servicios automatizados de referenciamiento de imágenes. Estos servicios se hallan definidos en el artículo L. 136-1 del CPI como “todo servicio de comunicación al público en línea en el marco del cual son reproducidas y puestas a disposición del público, con fines de indexación y referenciamiento, obras de arte plásticas, gráficas o fotográficas, recopiladas de forma automatizada a partir de servicios de comunicación al público en línea”. En consecuencia, el reconocimiento de un derecho remuneratorio en beneficio de los titulares de derechos por estos usos tiene su fundamento en la existencia de una serie de actos de explotación realizados por estos servicios que ofrecen algunos motores de búsqueda.

423. A diferencia de la funcionalidad clásica o elemental de un motor de búsqueda, el núcleo de la actividad de los servicios de referenciamiento de imágenes no se limita a conducir a los usuarios hacia los recursos disponibles en línea, sino que les ofrece un acceso directo a este tipo de contenidos desde su propio sitio web. Los resultados facilitados al internauta son, en definitiva, las imágenes en sí mismas. Casi todos ellos (*Google, Bing, Yahoo, Quant*, etc.) siguen un mismo patrón. El usuario introduce los términos o palabras clave del objeto de su búsqueda en la herramienta proporcionada a estos efectos por el prestador de servicios. A continuación, el motor de búsqueda envía los resultados de la misma al internauta, mostrándolos bajo la forma de un mosaico compuesto por una multitud de imágenes de baja resolución y a tamaño reducido o “viñetas”. El servicio suele, además, ofrecerle unos filtros adicionales para afinar aún más la búsqueda del recurso deseado (color, calidad, foto diurna o nocturna, etc.). Una vez que el usuario selecciona la imagen que le interesa, éste no es conducido directamente al sitio web de donde procede dicha imagen, sino que una pantalla intermediaria muestra inmediatamente, bajo la dirección URL del motor de búsqueda, y en un formato más grande, la imagen almacenada en el sitio fuente, empleando así la técnica de la “transclusión” o *framing*. A mayor abundamiento, los usuarios pueden no sólo consultar, sino igualmente reutilizar este tipo de obras, sin solicitar la autorización de los titulares de derechos. Un simple botón les permite descargarlas en su terminal de lectura, sin necesidad de acceder al sitio de origen. Sólo en caso de querer visualizar la imagen a tamaño real y a máxima resolución, el internauta se ve redirigido al sitio web de origen<sup>872</sup>.

En definitiva, todo aparece diseñado para que, la mayoría de las veces, el usuario no tenga ninguna necesidad de acudir al sitio web de origen, quedando así éste último privado de los ingresos que hubiera podido percibir por la visita del internauta<sup>873</sup>. La captación del valor es pues, evidente, y el carácter sustitutivo de este tipo de servicios es, si cabe, aún más acusado que en el caso de los servicios de agregación de noticias de

---

<sup>872</sup>En este sentido, el motor de búsqueda *Google* ha suprimido recientemente el botón “Ver imagen” que aparecía en los resultados de imágenes, y que permitía acceder a la foto del archivo en máxima resolución. Ahora, al seleccionar la imagen con el cursor, el internauta se ve redirigido automáticamente al sitio web de origen. Sin embargo, la opción de descargar la imagen sin pasar por el sitio web fuente sigue en activo.

<sup>873</sup>CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, op. cit., p. 61-62. El informe afirma que, en los casos en que el modelo de negocios del sitio fuente se encuentra basado en la percepción de ingresos por la venta de espacios publicitarios o en las suscripciones, el desarrollo de los servicios de búsqueda de imágenes es susceptible de causarles un perjuicio.

presa. En suma, este tipo de servicios se comporta de la misma manera que los bancos de imágenes, con la diferencia de que los recursos a los que dan acceso no les pertenecen, ni remuneran a los titulares de derechos por su actividad<sup>874</sup>. En consecuencia, además del daño potencial a los titulares de derechos sobre este tipo de obras, se crea una distorsión de competencia entre la actividad de estos motores de búsqueda de imágenes y otros sitios web que desempeñan su actividad habiendo concluido previamente una serie de acuerdos con las entidades de gestión<sup>875</sup>.

**424.** La descripción del funcionamiento de los motores de búsqueda de imágenes pone de manifiesto la realización, por parte de estos prestadores de servicios, de una serie de actos de reproducción y puesta a disposición de las imágenes a las que dan acceso. Varios son los argumentos que han sido esgrimidos para tratar de justificar el carácter lícito de su actividad, pudiendo prescindir de solicitar las autorizaciones correspondientes y remunerar a los titulares de derechos.

**425.** En primer lugar, los motores de búsqueda de imágenes han tratado de acogerse al régimen de responsabilidad atenuada previsto en beneficio de los prestadores de servicios de alojamiento de datos en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico. Sin embargo, esta calificación encaja mal con el tipo de funciones que realizan estos motores de búsqueda por cuanto las imágenes que almacenan y a las que dan acceso son recopiladas por sus motores de exploración de la web. Es decir, estas imágenes no son almacenadas a petición de un tercero, sino que es el propio prestador de servicios el que, tras la solicitud del internauta, va a buscarlas en los sitios web que las contienen. El papel activo del prestador de servicios de referenciamiento de imágenes parece, pues, indiscutible, circunstancia que basta por sí sola para excluir la aplicación del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE.

**426.** En segundo lugar, los motores de búsqueda de imágenes han tratado de justificar su actividad en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de enlaces (asuntos *Svensson*<sup>876</sup>, *BestWater*<sup>877</sup> y *GS Media*<sup>878</sup>). El

---

<sup>874</sup> Th. MAILLARD, “Le(s) statut(s) des moteurs de recherche”, *op. cit.*; M.-A. FERRY-FALL, “Effervescence dans les arts visuels”, *CCE* nº 11, nov. 2017, p. 1-2, en p. 1.

<sup>875</sup> Así, en Francia, podemos citar los acuerdos concluidos entre la ADAGP y *Artprice*, los acuerdos celebrados con ciertos editores de prensa como la revista “*Connaissance des Arts*”, o el acuerdo con el *Centre Pompidou Virtuel*.

<sup>876</sup> STJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12, *Svensson et al. contra Retriever Sverige AB*, anteriormente citada.

TJUE parte del supuesto de que el establecimiento de un enlace es analizado jurídicamente como un acto de comunicación pública. Para ello se basa en la interpretación amplia que debe recibir esta prerrogativa, con el fin de garantizar un elevado nivel de protección a los autores y titulares de derechos. Concretamente, el establecimiento de un enlace constituye un acto de puesta a disposición del público, es decir, a un número indeterminado, pero suficientemente importante, de destinatarios potenciales<sup>879</sup>. Sin embargo, cuando estos enlaces conducen a obras libremente accesibles en Internet, la calificación de acto de puesta a disposición del público debe de ser descartada, ya que ésta no se dirige a un público nuevo, es decir, distinto del público que el titular de derechos tuvo en cuenta inicialmente. El Tribunal de Justicia considera así que, en caso de no mediar ninguna restricción de acceso en el sitio web en que la obra ha sido inicialmente difundida (suscripción, código de acceso, medidas tecnológicas de protección, etc.), el público se halla constituido por la totalidad de usuarios que tienen acceso a Internet. En suma, esta jurisprudencia conduce a la conclusión de que una vez autorizada la publicación de una obra en una página web de libre acceso, el establecimiento de un enlace a la misma a partir de otros sitios web queda autorizado<sup>880</sup>. En consecuencia, los enlaces repertoriados en la lista de resultados ofrecida por el motor de búsqueda no constituyen un acto de puesta a disposición, y por ello, no dan derecho a obtener ningún tipo de remuneración.

**427.** Un primer argumento para descartar los efectos de esta jurisprudencia hubiera podido basarse en el hecho de que, a diferencia de los motores de búsqueda “textuales”, el motor de búsqueda de imágenes no se limita a mostrar al internauta el “camino” que ha de seguir para llegar al sitio web donde se encuentra el recurso en cuestión. Los resultados de la búsqueda, como ya ha sido mencionado, muestran las imágenes directamente, razón por la cual el internauta puede, en muchas ocasiones, omitir su visita al sitio web de origen. Sin embargo, la “libertad de enlazar” ha sido

---

<sup>877</sup> ATJUE (Sala Novena) de 21 de octubre de 2014, asunto C-348/13, *BestWater International GmbH contra Michael Mebes y Stefan Potsch* anteriormente citado.

<sup>878</sup> STJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV contra Sanoma Media Netherlands BV y otros*; *Dalloz IP/IT* 2016, p. 543, nota P. Sirinelli; *D.* 2016, p. 1905, nota F. Pollaud-Dulian; *JAC* 2016, n° 39, 6, Scaramozzino; *JCP G* 2016, 1222, nota L. Marino; *CCE* 2016, comm. 78, Ch. Caron. – S. Dormont, “L’arrêt GS Média de la Cour de Justice de l’Union : de précisions en distinctions, l’hyperlien lui fait perdre son latin...”: *CCE* 2016, étude 4.

<sup>879</sup> STJUE, de 7 de diciembre de 2006, asunto C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE) y Rafael Hoteles SA*; *D.* 2007, p. 1236, obs. J. Daleau, nota B. Edelman; *RTD com.* 2007, p. 85, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* 2007, comm. 24, nota Ch. Caron; *Propri. intell.* 2007, n° 22, p. 87, obs. A. Lucas; *JCP E* 2008, 1144, n° 12, chron. H.-J. Lucas; *RLDI* févr. 2007, n° 771.

<sup>880</sup> Apartado n° 27 de la STJUE de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12, anteriormente citada.

extendida por el propio Tribunal de Justicia a los casos en que se emplea la técnica del *framing* o transclusión por medio de su STJUE *BestWater*. Así, el hecho de que el internauta pueda acceder a la obra en cuestión sin abandonar la dirección URL del motor de búsqueda resulta indiferente. Esta solución merece ser criticada, ya que, como afirma I. GARROTE, “el TJUE no acierta al excluir el caso de los marcos o *frames* del concepto autónomo de comunicación al público . Los marcos hacen visualmente accesible al público la obra des de un sitio web distinto al inicialmente previsto por el titular del derecho [...] haciendo posible así una cierta apropiación del contenido ajeno . Entender en casos como estos que no hay acto de comunicación al público o que hay una presunción de autor ización implica de facto el agotamiento parcial del derecho de comunicación al público sin que exista una justificación suficiente para admitir dicho agotamiento”<sup>881</sup>.

**428.** Otra de las limitaciones de las soluciones adoptadas en materia de enlaces por el TJUE en los asuntos *Svensson* y *BestWater* es que éstas se apoyan en el hecho de que los titulares hayan autorizado la comunicación inicial, lo cual no es el caso de todas las imágenes que circulan en la red y que pueden ser recopiladas por los motores de búsqueda. No obstante, la jurisprudencia *GS Media*<sup>882</sup> ha limitado la responsabilidad, en estos casos, al hecho de que la persona que establece en enlace, lo haga con conocimiento de causa de que el mismo conduce a un contenido ilícitamente publicado en Internet. Es decir, para el TJUE, el establecimiento de un enlace que conduce hacia un sitio web infractor, no constituye necesariamente un acto de comunicación pública. Esto únicamente ocurre en los casos en que el autor del enlace actúa con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, es decir, cuando conoce o hubiese debido conocer el carácter ilícito del recurso en cuestión. El Tribunal de Justicia establece, no obstante, una presunción de conocimiento cuando el agente actúa con carácter lucrativo. En este sentido, es innegable de que estos actores obtienen beneficios económicos de gran envergadura por los servicios que prestan, aun cuando sean gratuitos para el internauta, circunstancia que debería justificar la aplicación de la presunción del criterio de conocimiento efectivo<sup>883</sup>. En consecuencia, en lo que se

<sup>881</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “El concepto autónomo de «comunicación al público» en la jurisprudencia del TJUE”, *op. cit.*, p. 45.

<sup>882</sup> STJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV contra Sanoma Media Netherlands BV* y otros, anteriormente citada.

<sup>883</sup> *Services automatisés de référencement d'images . Rapport et proposition de modification législative*, Rapport CSPLA, *op. cit.*, n° 23, p. 15.

refiere a las imágenes ilegalmente puestas en línea, el motor de búsqueda queda sometido a la aplicación del derecho exclusivo.

**429.** En todo caso, la aplicación de la jurisprudencia en materia de enlaces a los motores de búsqueda de imágenes no permite tener en cuenta la totalidad de las operaciones que estos prestadores de servicios realizan. En efecto, la actividad de referenciamiento supone no sólo un acto de comunicación, sino también de reproducción de las obras. Tal es el caso, al menos para el muro de imágenes en el que figuran reproducciones de las imágenes en pequeño formato, ya que éstas se encuentran almacenadas en los servidores del motor de búsqueda<sup>884</sup>. Cuando la actividad de referenciamiento se refiere a obras que están libremente disponibles en Internet, es la STJUE *Córdoba* de 7 de agosto de 2018<sup>885</sup> la que debe aplicarse. La misma ha venido a circunscribir los efectos de las Sentencias *Svensson* y *Bestwateral* solo supuesto de los enlaces que redirigen a obras protegidas, previamente comunicadas con la autorización de los titulares de derechos<sup>886</sup>. En este sentido, el TJUE considera que, a diferencia de los enlaces, que contribuyen al buen funcionamiento de Internet, la puesta en línea sin autorización de una obra previamente comunicada en otro sitio de Internet con el consentimiento de dicho titular no contribuye, en la misma medida, a la consecución de tal objetivo<sup>887</sup>. En estos casos, el TJUE considera que existe una nueva comunicación, independiente de la comunicación inicialmente autorizada, comunicación que se dirige a un público nuevo. La solución contraria supondría un agotamiento del derecho de comunicación pública, que impediría al titular de derechos percibir una remuneración adecuada.

**430.** Por otra parte, los actos de reproducción efectuados por los motores de búsqueda, no pueden quedar amparados en ninguna de las excepciones legalmente reconocidas para este derecho. En este sentido, los motores de búsqueda de imágenes han tratado de incluir sus actividades dentro del campo de la reproducción provisional o *caching* (art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE). En virtud de esta excepción al derecho de

---

<sup>884</sup> *Services automatisés de référencement d'images . Rapport et proposition de modification législative* , Rapport CSPLA, *op. cit.*, n° 24, p. 16.

<sup>885</sup> STJUE (Sala Segunda) de 7 de agosto de 2018, asunto C- 161/17, *Land Nordrhein-Westfalen* y *Dirk Renckhoff*. *RTD com.* 2018, p. 683, obs. F. Pollaud-Dulian; *RIDA* n° 260, *chron. de jurisprudence*, p. 30-42, obs. P. Sirinelli y A. Bensamoun.

<sup>886</sup> Apartados n° 38 y 39 de la STJUE de 7 de agosto de 2018, *Land Nordrhein-Westfalen* y *Dirk Renckhoff*, anteriormente citada.

<sup>887</sup> Apartado n° 40 de la STJUE de 7 de agosto de 2018, *Land Nordrhein-Westfalen* y *Dirk Renckhoff*, anteriormente citada.

autor, las copias provisionales que son necesarias para permitir el proceso técnico de circulación de las obras en las redes quedan exentas de autorización. No obstante, para que esta excepción pueda ser aplicada, es necesario cumplir una serie de requisitos<sup>888</sup>, los cuales han de ser interpretados de forma restrictiva. Estos requisitos encajan mal en la actividad desempeñada por los motores de búsqueda. En primer lugar, porque las imágenes o viñetas que aparecen entre los resultados se encuentran almacenadas en el servidor del motor de búsqueda, y ello de forma duradera<sup>889</sup>. En segundo lugar, tampoco se cumple aquí la finalidad exclusiva que han de tener las copias provisionales para entrar dentro del campo de aplicación de la excepción. En este sentido, la interpretación del límite de reproducción provisional ha de ponerse en relación con la exoneración de responsabilidad establecida en el artículo 13 de la Directiva 2000/31/CE para los servicios de *caching*. El campo de aplicación de dicha exoneración de responsabilidad se limita a un almacenamiento que tenga como finalidad exclusiva la de hacer que sea más eficaz la transmisión ulterior de información a la demanda de otros destinatarios del servicio, algo que no se corresponde con las funciones de los motores de búsqueda de imágenes. Es más, la reproducción en formato reducido realizada por el motor de búsqueda supone un tratamiento de la imagen cuya finalidad no tiene nada que ver con la de facilitar su proceso de transmisión entre terceros<sup>890</sup>. En este sentido, se ha pronunciado la Corte de Casación francesa en un asunto relativo a *Google Images*, en el cual estimó que las entidades demandadas habían procedido a la “reducción de la fotografía litigiosa en forma de viñeta [...] ésta permanecía almacenada en el sitio *Google Images*, en donde podía ser objeto de una ampliación, más allá e independientemente de las estrictas necesidades de una transmisión”<sup>891</sup>. Por este motivo, desestima el recurso basado en la aplicación de la excepción de *caching*.

**431.** En definitiva, y a la luz de las consideraciones anteriores, los usos de las imágenes efectuados por los motores de búsqueda de imágenes constituyen actos de explotación. Con el fin de simplificar la obtención de las licencias correspondientes por parte de los motores de búsqueda, el legislador francés introdujo en los artículos L. 136-1 del CPI un nuevo sistema de gestión colectiva obligatoria. Con ello se trataba, al

<sup>888</sup> STJUE (Sala Cuarta) de 5 de junio de 2014, asunto C-360/12, *Public Relations Consultants Association Ltd*; JurisData n° 2014-012515; CCE 2014, comm. 69, Ch. Caron.

<sup>889</sup> Th. MAILLARD, “Le(s) statut(s) des moteurs de recherche”, *op. cit.* En el mismo sentido, *Services automatisés de référencement d’images*. *Rapport et proposition de modification législative*, Rapport CSPLA, *op. cit.*, n° 20, p. 14.

<sup>890</sup> Th. MAILLARD, “Le(s) statut(s) des moteurs de recherche”, *op. cit.*

<sup>891</sup> Cas. 1<sup>re</sup> civ., 12juill.2012, n°11-15.165, *Aufeminin.com*; D. 2012, p. 2075, obs. C. Castets-Renard.

mismo tiempo, de permitir a los autores la obtención de una remuneración por la utilización de sus imágenes.

## **§2. El reconocimiento de un derecho a obtener una remuneración**

**432.** Si la solución española para hacer frente a los usos de las obras ajenas por parte de los servicios electrónicos de agregación de contenidos ha resultado ser un fracaso, otro tanto puede decirse de la solución francesa prevista para el referenciamiento de obras de arte. Expondremos así, en primer lugar, el funcionamiento de este dispositivo (A), para analizar seguidamente los motivos que han conducido a su inaplicación (B).

### **A. El funcionamiento del dispositivo**

**433.** La Ley de 7 de julio de 2016 *relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine*, reconoció en su artículo 30 un nuevo mecanismo de gestión colectiva obligatoria para los actos de reproducción y representación de una obra de arte plástica, gráfica o fotográfica, llevados a cabo por los servicios automatizados de referenciamiento de imágenes. Este dispositivo, conocido vulgarmente como la “Tasa *Google images*”, ha sido codificado en los artículos 136-1 y siguientes del CPI, y reduce el derecho exclusivo del autor a un derecho a obtener una remuneración. Por medio de dicha remuneración, el legislador francés trata de corregir el problema del reparto del valor que generan estos nuevos usos.

El artículo L. 136-2 CPI afirma así que la publicación de una obra de arte plástica, gráfica o fotográfica a partir de un servicio de comunicación al público en línea comporta la gestión colectiva del derecho de reproducirla o de representarla en el marco de los servicios de referenciamiento de imágenes.

**434.** El artículo L. 136-1 CPI contiene una definición amplia de los motores de búsqueda. Sin embargo, la Ley se refiere a una modalidad de explotación claramente determinada. Así, el artículo L. 136-2 CPI hace alusión a la reproducción y a la representación en el marco de los servicios automatizados de referenciamiento de



imágenes. Esto hace que queden excluidos todos aquellos enlaces que no resulten de un tratamiento por medio de algoritmos, como pueden ser los enlaces creados a partir de una selección consciente y voluntaria por parte de un usuario de Internet (por ejemplo, aquellos que figuren en el blog personal de un internauta o en las redes sociales). Todos los motores de búsqueda que ofrezcan un servicio automatizado de imágenes quedan dentro del ámbito de aplicación del dispositivo, y no únicamente el servicio *Google Images*, por más que éste sea el que más popularidad ha alcanzado en este campo. Sin embargo, no todas las obras indexadas y referenciadas por parte de éstos últimos dan lugar a la aplicación de este derecho remuneratorio. Sólo entran dentro del dispositivo las imágenes de ciertas obras, y concretamente aquellas que pertenecen al género de las artes plásticas y gráficas, así como las fotografías. En tanto en cuanto esta gestión colectiva obligatoria supone una excepción al principio de libre disposición de la propiedad y, por tanto, del derecho exclusivo del autor, el dispositivo habrá de ser interpretado de forma restrictiva<sup>892</sup>. Esto supone, por ejemplo, que los escritos o vídeos y demás obras de categoría audiovisual, deberán quedar excluidos de su ámbito de aplicación.

**435.** El ejercicio de este nuevo derecho remuneratorio se lleva a cabo por un sistema de gestión colectiva obligatoria (art. L. 136-2 CPI). El hecho desencadenante consiste en la publicación de una obra de arte plástica, gráfica o fotográfica a partir de un servicio de comunicación al público en línea. Los titulares de derechos conservan, sin embargo, la libertad de elegir el organismo de gestión colectiva encargado de gestionar su derecho, en tanto en cuanto sea alguno de los organismos regidos por las disposiciones del Título II del Libro III de la Primera Parte del *Code de la Propriété intellectuelle* (arts. L. 321-1 y siguientes del CPI) y hayan quedado habilitados a estos efectos por el ministro encargado de los asuntos culturales. A falta de designación por parte del autor o del titular de los derechos, el artículo L. 136-2, I CPI establece que se reputará gestor de dicho derecho alguno de los organismos habilitados, sin dar mayor precisión sobre las modalidades de designación de dicho organismo.

El artículo L. 136-3 CPI fija los criterios de obtención de la acreditación. Así, ésta será otorgada en función de la diversidad de los asociados, de la cualificación profesional de los dirigentes, y de los medios humanos y materiales que proponen poner

---

<sup>892</sup> Cas. 1<sup>re</sup> civ., de 11 de diciembre de 2013, n° 11-22.031 y n° 11-22.522: *D.* 2014, p. 8; *CCE* 2014, comm. 15, Ch. Caron; *RTD com.* 2014, p. 115, obs. F. Pollaud-Dulian.

en funcionamiento para asegurar la gestión de los derechos de reproducción y representación de las obras de arte plásticas, gráficas o fotográficas por los servicios automatizados de referenciamiento de imágenes. Las modalidades de concesión y la retirada de dicha acreditación serán fijadas por medio de un Decreto del Consejo de Estado francés.

En consecuencia, los organismos acreditados son los únicos habilitados para concluir acuerdos de explotación con los servicios automatizados de referenciamiento de imágenes, así como para percibir las remuneraciones correspondientes, fijadas según las modalidades previstas en el artículo L. 136-4. Los convenios firmados con estos prestadores de servicios deberán prever las modalidades según las cuales estos organismos acreditados deberán aportar el informe de las explotaciones de la obra, así como toda información necesaria para la repartición de las sumas percibidas a los autores o a sus derechohabientes.

**436.** Por otra parte, la remuneración (art. L. 136-4 CPI) obedece a los principios generales del derecho de autor. En consecuencia, la regla será la remuneración proporcional a la explotación de la obra. Sólo como excepción, se permite una remuneración a tanto alzado, en los supuestos previstos en el artículo L. 131-4 del CPI.<sup>893</sup>

El baremo y las modalidades de entrega de dicha remuneración serán fijadas por medio de un convenio entre los organismos acreditados y los organismos que representan a los profesionales de los servicios automatizados de referenciamiento de imágenes. La duración de tales convenios será de cinco años. En defecto de un acuerdo concluido en un plazo de seis meses tras la publicación del Decreto del Consejo de Estado previsto en el artículo L. 136-3 del CPI, o si no ha mediado ningún acuerdo en el momento de la expiración de un acuerdo precedente, el baremo de la remuneración y sus modalidades de entrega serán fijados por una comisión presidida por un

---

<sup>893</sup> La remuneración se basa, en principio, en los ingresos procedentes de la explotación de la obra y debe ser proporcional. Pero para ello, es necesario que las imágenes sean objeto de una explotación que permita recibir estos ingresos, una fracción de los cuales deberá ser destinada a la entidad de gestión. El problema se plantea cuando el usuario “no paga” por la utilización del servicio automatizado de referenciamiento de imágenes, como ocurre en la mayoría de los casos. Por ello, en estos casos se prevé también la posibilidad de recurrir a una remuneración a tanto alzado si se dan las condiciones establecidas en el artículo L. 131-4 del CPI. Podemos pensar, por ejemplo, en la ausencia de una base de cálculo de la remuneración proporcional, o el recurso a la remuneración a tanto alzado cuando el uso de la obra presenta un carácter accesorio con respecto al objeto de la explotación.

representante del Estado y compuesta, a partes iguales por los representantes de los “organismos acreditados” conforme al mismo artículo L. 136-3 y los representantes de los prestadores de servicios automatizados de referenciamiento de imágenes (art. L. 136-4, II CPI). Los organismos llamados a designar a los representantes miembros de la comisión, así como el número de personas que cada una está llamada a designar, son determinados por un *arrêté* del ministro encargado de los asuntos culturales. Las decisiones de la comisión, por último, serán publicadas en el *Journal officiel* (Boletín oficial del Estado francés).

**437.** En definitiva, la solución francesa para los usos de las imágenes efectuados por los motores de búsqueda se ha plasmado en el reconocimiento de un derecho a obtener una remuneración, gestionada por alguno de los organismos acreditados. En la práctica, este sistema ha carecido de aplicación por su posible incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

## **B. Crisis e inaplicación del dispositivo**

**438.** Elaborado a finales del año 2016, y votado por unanimidad en el Parlamento, el dispositivo francés para el referenciamiento de obras de arte ha quedado, sin embargo, inaplicado. Varios son los puntos del sistema de remuneración que la Ley de 2016 vinculaba a la aprobación de un Decreto por parte del Consejo de Estado. El primero y más importante era la concesión de la acreditación a los organismos habilitados para gestionar el derecho de remuneración. Sin embargo, el Consejo de Estado rechazó la aprobación del Decreto de aplicación elaborado por el Gobierno ante la dudosa conformidad del dispositivo con el Derecho de la Unión Europea (1). *De lege ferenda*, la reactivación de una solución local en Francia podría venir del recurso al sistema de licencias colectivas con efecto ampliado previsto en el artículo 12 de la Directiva 2019/790 (2).

### ***1. La dudosa conformidad del dispositivo con el Derecho de la Unión Europea***

**439.** El Decreto de aplicación, de cuya aprobación dependía la remuneración por el uso de imágenes por parte de los servicios de referenciamiento fue rechazado por el

Consejo de Estado, y seguidamente retirado por el Gobierno. La decisión del Consejo de Estado carece de publicación oficial, pero la razón de dicho rechazo parece encontrarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Soulier y Doke*, de 16 de noviembre de 2016<sup>894</sup>, y dictada pocos meses después de la adopción de la *Loi Création* en Francia. Dicha Sentencia invalidó un dispositivo de gestión colectiva obligatoria similar que el legislador francés había previsto para la explotación en línea de los libros no disponibles en el comercio (“*livres indisponibles*”).

**440.** La Ley n° 2012-287 de 1 de marzo 2012 *relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle* introdujo en Francia un nuevo dispositivo de “gestión colectiva por defecto”<sup>895</sup> de los derechos sobre las obras que han dejado de ser explotadas por los editores, al menos fuera del mercado de ocasión, para que pudieran ser objeto de una nueva explotación en línea (arts. L. 134-1 à L. 134-9 CPI). El sistema se basaba en un mecanismo simplificado de licitación de los derechos. El propósito perseguido por el legislador era el de incitar a nuevos operadores económicos a explotar estos libros que habían quedado en el olvido. Las causas podían ser diversas: quiebra del editor, imposibilidad económica de realizar la explotación en papel, o dificultad para invertir en el mercado digital. Poniendo el foco en el interés del público en poder acceder a estas obras, el legislador francés consideró oportuno incitar a nuevos candidatos para llevar a cabo dicha explotación, simplificando el proceso que implica la obtención individual de autorizaciones por parte de los titulares de derechos. Para ello, el dispositivo confiaba a una entidad de gestión colectiva habilitada (en el caso concreto, la SOFIA) la gestión de los derechos sobre los libros no disponibles en el comercio. Dicho sistema de gestión colectiva no era del todo obligatorio puesto que el autor disponía de facultades de oposición y de retirada. En primer lugar, el autor podía ejercitar su derecho de oposición en un plazo de seis meses a contar desde la inscripción de la obra en un registro custodiado por la *Bibliothèque nationale de France* (art. L. 134-4, I CPI), lo cual le permitía salir del dispositivo *ex ante* para administrar individualmente sus propios derechos. En segundo lugar, el mecanismo preveía un derecho de retirada (*opt-out*), que había de ser ejercitado conjuntamente por el autor y el

---

<sup>894</sup> STJUE (Sala Tercera) de 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15, *Marc Soulier y Sara Doke/Premier ministre y Ministre de la Culture et de la Communication: Dalloz IP/IT* 2017, p. 108, obs. V.-L. Benabou; *Propri. intell.* 2017, n° 62, p. 30, obs. J.-M. Bruguière; *D.* 2017, p. 84, F. Macrez; *JCP E* 2017, 1128, M. Guillemain.

<sup>895</sup> V.-L. BENABOU, “Invalidation du décret sur les livres indisponibles oui, mais partielle?”, *Dalloz IP/IT* 2017 p. 648

editor, a no ser que el autor aportase la prueba de que era el único titular de los derechos digitales (art. L. 134-6 CPI).

El Decreto de aplicación de dicha Ley fue objeto de un recurso *en excès de pouvoir* ante el Consejo de Estado francés, interpuesto por M. Soulier y S. Doke, al cual se sumaron varios autores y asociaciones de autores. La alta jurisdicción administrativa francesa formuló así dos cuestiones prejudiciales destinadas a esclarecer la licitud del mecanismo instaurado. La primera de ellas fue una *question prioritaire de constitutionnalité*, ante el *Conseil Constitutionnel*. En su decisión de 28 de febrero de 2014<sup>896</sup>, este organismo juzgó que la Ley sobre los libros indisponibles no era contraria a la Constitución francesa, puesto que el daño al derecho de propiedad no tenía un carácter desproporcionado.

**441.** La segunda cuestión prejudicial fue transmitida al TJUE. En ella, el Consejo de Estado solicitaba al Tribunal de Justicia que examinase el mecanismo francés de gestión colectiva de los libros no disponibles a la luz de la lista exhaustiva de excepciones enumeradas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE. Los autores de la cuestión prejudicial trataban, en definitiva, de que el TJUE condenase el dispositivo por no considerarlo conforme a la Directiva. El Tribunal rechazó, sin embargo, la referencia al artículo 5 de la Directiva de 2001, considerando que este argumento carecía de pertinencia<sup>897</sup>.

Procediendo a un análisis más complejo, el TJUE consideró, en todo caso, que la ley francesa suponía una derogación al ejercicio del derecho de autor cuya compatibilidad con el Derecho Internacional – en particular con el Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor de 1996 y el Convenio de Berna – debía de ser examinada. El TJUE recuerda, en este sentido, que la protección no se limita al goce de los derechos garantizados por el artículo 2, letra a), y por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, sino que se extiende también al ejercicio de tales derechos<sup>898</sup>. Éstos tienen una naturaleza preventiva, lo cual implica que cualquier explotación requiere un consentimiento previo por parte del autor<sup>899</sup>. La cuestión es de qué manera dicho consentimiento ha de ser

---

<sup>896</sup> Cons. const., de 28 de febrero de 2014, n° 2013-370 QPC, *D.* 2014, p. 542.

<sup>897</sup> Apartado n° 27 de la STJUE. 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15

<sup>898</sup> Apartado n° 31 de la STJUE 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15

<sup>899</sup> Apartado n° 33 de la STJUE 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15

obtenido. Este podría, según el Tribunal de Justicia ser implícito<sup>900</sup>, si bien es preciso que se den garantías que aseguren la información efectiva del autor sobre la futura utilización de sus obras, así como de los medios puestos a su disposición para prohibirla<sup>901</sup>. En este sentido, considera que la falta de oposición no es suficiente para caracterizar un consentimiento implícito si no existe una garantía de información “efectiva e individualizada de los autores”<sup>902</sup>. En consecuencia, invalida el sistema según el cual el autor dispone de plazo de seis meses para oponerse a la gestión colectiva obligatoria por considerar que, en el caso concreto, faltaban garantías de que existiera una información efectiva e individualizada.

Por otra parte, en su análisis sobre las otras hipótesis de retirada, el TJUE reitera el lugar preponderante del autor<sup>903</sup>, afirmando que el mismo es el único titular de los derechos *ab initio*, y que la atribución de derechos a un tercero no puede hacerse en detrimento suyo. De ello resulta que el ejercicio del derecho de oposición no puede quedar condicionado al consentimiento de un tercero, en este caso el editor. Por otra parte, exigir al autor aportar la prueba de que es el único titular de los derechos de explotación digital para retirarse del sistema de gestión colectiva equivale a la instauración de una verdadera formalidad para el acceso a la protección, aspecto que resulta contrario al artículo 5.2 del Convenio de Berna.

El TJUE concluye así afirmando que “el artículo 2, letra a), y el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE [...], deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, atribuya a una sociedad de recaudación y distribución de derechos de autor reconocida el ejercicio del derecho a autorizar la reproducción y la comunicación al público, en formato digital, de libros “no disponibles”, es decir, de libros publicados en Francia antes del 1 de enero de 2001 que ya no son objeto ni de comercialización ni de publicación en formato impreso o digital, al mismo tiempo que permite a los autores o a los derechohabientes de tales libros oponerse o poner fin a dicho ejercicio en las condiciones que la propia normativa establece”.

---

<sup>900</sup> Apartados nº 35 y s. de la STJUE 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15

<sup>901</sup> Apartados 38 a 40 de la STJUE 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15

<sup>902</sup> Apartado nº 43 de la STJUE 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15

<sup>903</sup> Apartados nº 47 y 48 de la STJUE 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15

El pronunciamiento de esta Sentencia por parte del TJUE se saldó con una anulación, por parte del Consejo de Estado francés, de los puntos esenciales del Decreto de aplicación relativos al régimen de los libros no disponibles, y ello con efecto retroactivo. Ante el desconcierto generado por esta decisión del TJUE, que algún autor ha podido calificar como un hito que marca el “fin de la experimentación legal francesa”<sup>904</sup>, el Consejo de Estado no se arriesgó a aprobar el Decreto de aplicación relativo a las disposiciones aplicables al referenciamiento de imágenes.

**442.** A pesar de existir ciertas similitudes, ambos mecanismos de gestión colectiva presentaban diferencias sustanciales. Es cierto que, en ambos casos, el derecho exclusivo de los autores se veía afectado, y con mayor medida en el caso del referenciamiento de imágenes, por cuanto el sistema de gestión colectiva se establece con carácter obligatorio, sin que el autor tenga la posibilidad de retirarse del mismo. Ello es así inclusive en los casos en que su obra hubiese sido publicada bajo alguna de las licencias libres, del tipo de las *Creative Commons*. He aquí la principal crítica que puede hacerse del sistema francés. Sería, no obstante, excesivo considerar que la STJUE *Soulie y Doke* invalida por completo todos los sistemas de gestión colectiva de carácter obligatorio. Sin embargo, las condiciones que el TJUE establece para la validez de los mismos no parecen del todo claras y esta incertidumbre limita el margen de acción de los legisladores nacionales<sup>905</sup>. El TJUE exige, en efecto, una información efectiva e individualizada del autor en cuanto a la utilización de su obra, y sólo en estos casos podría admitirse la hipótesis del consentimiento implícito a la gestión colectiva obligatoria. Sin embargo, la duda subsiste en cuanto a la manera en que dicha información efectiva e individualizada debe ser practicada<sup>906</sup>. En este contexto, una solución *de lege ferenda* podría venir del recurso al mecanismo de licencias colectivas

---

<sup>904</sup> F. MACREZ, ““Soulie” et la résurgence de l’auteur”, *D.* 2017, p. 84.

<sup>905</sup> V.-L. BENABOU, “Pourquoi l’arrêt Soulie et Doke dépasse le cas ReLire: le contrôle par la CJUE des modalités de l’autorisation préalable de l’auteur”, *Dalloz IP/IT* 2017 p.108: la autora afirma, en este sentido, que “el Tribunal se sitúa en una posición de equilibrista en la que, deseoso de no ir en contra *a priori*, del conjunto de mecanismos de gestión colectiva obligatoria o de acuerdos colectivos con efecto ampliado existente en los Estados miembros, procede sin embargo a un control de las modalidades de ejercicio del derecho exclusivo susceptible de conducir, *in concreto*, a la condena de algunos de ellos”. En este sentido, considera que la sentencia *Soulie* va más allá del caso *ReLire*, puesto que encuadra las formas que debe reunir la expresión del derecho exclusivo y abre un mar de incertidumbres en cuanto a los márgenes de maniobra de los legisladores nacionales.

<sup>906</sup> F. MACREZ, ““Soulie” et la résurgence de l’auteur”, *op. cit.*: si bien el autor considera que esta sentencia marca una etapa importante en el “resurgimiento del autor” en el Derecho de la Unión Europea, se interroga acerca de la interpretación de la noción de garantía de una información efectiva e individualizada, circunstancia que puede dificultar la puesta en funcionamiento de los sistemas de gestión colectiva obligatoria.

con efecto ampliado previsto en el artículo 12 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*<sup>907</sup>.

## **2. Las posibles soluciones de lege ferenda**

**443.** A pesar de la inaplicación del dispositivo diseñado por el legislador francés en 2016 para lograr un mejor reparto del valor generado por los servicios de referenciamiento de imágenes, una reflexión está en curso en Francia para volver a dotarlo de efectividad. A estos efectos, el CSPLA ha elaborado un informe y una propuesta de modificación legislativa cuyo objetivo sería utilizar el mecanismo de la licencia colectiva con efecto ampliado reconocida en el artículo 12 de la Directiva 2019/790<sup>908</sup>. Se considera que estas disposiciones podrían ofrecer la base jurídica necesaria para dotar de efectividad a las soluciones a nivel local en materia de referenciamiento de imágenes, como puede ser la francesa<sup>909</sup>.

**444.** Dado que estamos ante utilizaciones en masa, una gestión individual de las autorizaciones necesarias no sería eficiente. La gestión colectiva se impone, así, como una necesidad, y desde esta perspectiva, la licencia colectiva parece ser la que mejor responde a los objetivos de eficacia y seguridad jurídica<sup>910</sup>. Uno de las razones reside en el hecho de que la actividad de referenciamiento efectuada por un motor de búsqueda no versa sobre repertorios predefinidos. En realidad, lo que plantea problemas no es tanto el volumen de las utilizaciones, sino la imposibilidad de saber cuáles son las obras que van a ser empleadas por el motor de búsqueda, ya que éstas proceden de las búsquedas efectuadas por los internautas. Dicho de otro modo, si bien el acto de reproducción o de

---

<sup>907</sup>Una propuesta de modificación legislativa en este sentido ha sido formulada por el *Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique*. Vid. CSPLA, *Rapport de la mission Services automatisés de référencement d'images. Rapport et proposition de modification législative*, P. Sirinelli y S. Dormont, noviembre de 2019.

<sup>908</sup>CSPLA, *Rapport de la mission Services automatisés de référencement d'images. Rapport et proposition de modification législative*, op. cit.

<sup>909</sup>P. SIRINELLI, "Premières vues sur la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique", *Dalloz IP/IT* 2019, p. 279.

<sup>910</sup>CSPLA, *Rapport de la mission Services automatisés de référencement d'images. Rapport et proposition de modification législative*, op. cit., n° 6, p. 8.



comunicación es efectuado por el motor de búsqueda, es el internauta el que define el objeto de dicha búsqueda<sup>911</sup>.

**445.** El mecanismo de la licencia colectiva con efecto ampliado, de tradición nórdica, consiste en permitir que un acuerdo de licencia firmado con una entidad de gestión para la explotación de obras u otras prestaciones de su repertorio, pueda extenderse al uso de obras del mismo género pertenecientes a titulares de derechos no miembros de dicho organismo o no representados por ellos (art. 12.1 de la Directiva 2019/790). La licencia con efecto ampliado combina así una licencia voluntaria, con una extensión legal del repertorio a los titulares de derechos no representados, lo cual simplifica y acelera los trámites para la adquisición de derechos. El principio de la licencia extendida es que, a partir del momento en que un número substancial de titulares de derechos de una cierta categoría o sector, se adhieren a una fórmula colectiva de gestión de derechos, el repertorio de la entidad de gestión en cuestión puede ser extendido por una autoridad competente a otros titulares de obras de la misma categoría que no sean miembros. Aplicar este sistema en Francia al referenciamiento de imágenes supondría, con respecto al mecanismo instaurado por el legislador en el año 2016, una substitución del régimen de gestión colectiva obligatoria por la licencia con efecto ampliado. Ésta última es más respetuosa hacia el derecho exclusivo, puesto que no se trata de un sistema de gestión colectiva obligatoria. Los autores que no deseen quedar dentro de la ampliación (por ejemplo, aquellos que difunden sus obras bajo licencias libres) pueden ejercer su derecho de retirada (*opt-out*) una vez informados de dicha ampliación.

**446.** Las particularidades de este mecanismo de gestión colectiva imponen prever una serie de condiciones y garantías que permitan enmarcarlo en unas condiciones restrictivas<sup>912</sup>. En sí, el recurso a las licencias colectivas con efecto ampliado sólo puede ser planteado en los casos en que la gestión individual y la gestión colectiva clásica no permitan aportar respuestas satisfactorias con respecto a la amplitud que alcanza la utilización de las obras<sup>913</sup>. En este sentido, el artículo 12.2 dispone que este mecanismo de concesión de licencias únicamente se aplicará en sectores de uso bien definidos,

---

<sup>911</sup> CSPLA, Rapport de la mission *Services automatisés de référencement d'images. Rapport et proposition de modification législative*, op. cit, n° 28, p. 18.

<sup>912</sup> CSPLA, Rapport de la mission *Services automatisés de référencement d'images. Rapport et proposition de modification législative*, op. cit, n° 30, p. 21.

<sup>913</sup> CSPLA, Rapport de la mission *Services automatisés de référencement d'images. Rapport et proposition de modification législative*, op. cit, n° 34, p. 23.

cuando obtener autorizaciones de los titulares de derechos de manera individual resulte generalmente oneroso y dificultoso hasta un grado tal que haga improbable la operación requerida para obtener una licencia, debido a la naturaleza del uso de los tipos de obras u otras prestaciones de que se trate. Además, deberán respetarse una serie de salvaguardas de los intereses legítimos de los titulares de derechos. Éstas se encuentran establecidas en el apartado tercero del artículo 12, y exigen, en primer lugar, que las entidades de gestión sean lo suficientemente representativas de los intereses de los titulares de derechos de una determinada categoría de obras o prestaciones protegidas y garanticen una igualdad de trato a todos los titulares de derechos. Por otra parte, será necesario prever un sistema de publicidad apropiado para informar a los titulares de derechos acerca de la posibilidad de que las entidades de gestión puedan conceder licencias, así como de las posibilidades de que los titulares de derechos que lo deseen puedan retirarse. Dichas medidas de información deberán comenzar en un período razonable antes de que las obras o prestaciones puedan ser usadas bajo licencia. Estas medidas serán efectivas sin necesidad de tener que informar a título individual a cada titular de derechos. En todo caso, se prevé también la posibilidad de que los titulares de derechos que no han autorizado a la entidad de gestión a conceder licencias puedan en cualquier momento, de forma “sencilla” y “efectiva”, excluir sus obras o prestaciones del mecanismo de licencia establecido en esta disposición. Por último, cuando un Estado Miembro prevea un sistema de licencias colectivas extendidas, deberá informar a la Comisión Europea del alcance de este derecho, de los objetivos y los tipos de licencias que pueden ser introducidas, así como de las modalidades según las cuales los titulares de derechos podrán retirarse del dispositivo.

**447.** El mecanismo de la licencia colectiva ampliada se encuentra, con todo, limitado en una extensión territorial. Cabe cuestionarse si la solución territorial será efectiva, a la luz de cuanto ha ocurrido con los servicios de agregación de noticias de actualidad en España, Alemania y ahora también Francia. A falta de una solución europea verdaderamente armonizadora en este punto<sup>914</sup> – la cual no prosperó durante la

---

<sup>914</sup>El texto inicial de la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital no contenía ninguna disposición al respecto. Sin embargo, durante su discusión, en el Parlamento Europeo, el eurodiputado J.-M. Cavada introdujo algunas enmiendas sugeridas por la ADAGP que fueron rechazadas por la Comisión de Asuntos Jurídicos (Comisión JURI). Sin embargo, una de las enmiendas adoptadas por la Comisión de Cultura y Educación (Comisión CULT) fue retomada por el Parlamento Europeo en el texto que fue votado en septiembre de 2018. El artículo 13 b) del texto adoptado por el Parlamento establecía así la obligación a cargo de los proveedores de servicios de la sociedad de la información que automáticamente reproducen o dirigen hacia cantidades significativas de obras visuales

negociación de la Directiva 2019/790 – habría que incitar a un máximo de Estados miembros a seguir la misma vía que el legislador francés para contrarrestar la más que probable amenaza por parte de los prestadores de servicios de cerrarlos en un territorio o relegar a los titulares de derechos que se nieguen a concederles la autorización.

---

protegidas por el derecho de autor, y las ponen a disposición del público a los efectos de indexación y referenciamiento, de concluir acuerdos de licencia con los titulares de derechos para garantizarles una justa remuneración. Dicha remuneración debería ser gestionada por las entidades de gestión colectiva a las que pertenezcan los titulares de derechos en cuestión. Así, a diferencia del mecanismo francés, esta solución descansaba en el ejercicio del derecho exclusivo del autor, y no en la concesión de un mero derecho a obtener una remuneración. Sin embargo, esta propuesta fue finalmente abandonada en las discusiones ante el trílogo.

## Capítulo 2: Las soluciones europeas

**448.** En los orígenes de la construcción europea, la competencia de la Comunidad – y posteriormente, de la Unión – en materia de derechos de autor fue puesta en entredicho. La razón avanzada por la doctrina<sup>915</sup> residía en el hecho de que la cultura no figuraba en los Tratados fundadores, de forma que esta cuestión quedaba enteramente en manos de los Estados miembros. El Tratado de Maastrich de 1992 supuso una apertura en este sentido, al reconocer a la Comunidad Europea competencias en materia cultural en el artículo 3 TCE. Hoy en día, no hay duda alguna de que la Unión Europea queda facultada para intervenir en el ámbito de la cultura y del patrimonio europeos (arts. 6 y 167.1 TFUE). Ello se ha traducido en el desarrollo de una serie de políticas de apoyo y fomento de las acciones culturales nacionales, pero no en una voluntad de armonización del Derecho en ese ámbito.

Si bien el derecho de autor presenta una dimensión cultural indiscutible, ésta se completa con una faceta económica de gran importancia. La relación entre el derecho de autor y el Derecho de la Unión Europea era inevitable desde este punto de vista, dados los intereses económicos que el primero conlleva, y que se han visto acrecentados por la producción y el consumo masivos<sup>916</sup> en la era digital. En efecto, el fundamento de las competencias europeas en materia de derechos de autor no ha residido tanto en la contribución al florecimiento de la cultura, sino más bien en la realización del mercado interior (art. 114 TFUE). Dicho de otro modo, la armonización que ha tenido lugar en el ámbito del derecho de autor ha respondido principalmente a objetivos de índole económica o social. El monopolio de explotación es protegido en la medida en que constituye un retorno de inversión que permite a los autores vivir de su creación<sup>917</sup>. De ahí que la intervención europea se haya limitado a los aspectos patrimoniales del derecho de autor, y así lo demuestra la falta de armonización del derecho moral.

**449.** Desde esta perspectiva, no es de extrañar que ante la identificación de un problema económico como es la brecha del valor derivada del uso masivo y no

---

<sup>915</sup> F. GOTZEN, *Le droit de destination de l'auteur*, Larcier, 1975 (citado por C. CASTETS-RENARD, “Droit de l'Union européenne. Le processus d'harmonisation du droit d'auteur”, *JCl PLA*, fasc. 1840, n° 1).

<sup>916</sup> A. BENSAMOUN, “Les mutations de la norme en droit d'auteur (réflexion sur les sources)”, in N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD y M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme*, Économica, 2011, p. 279.

<sup>917</sup> C. CASTETS-RENARD, “Droit de l'Union européenne...”, *op. cit.*, n° 6.

autorizado de las obras y prestaciones protegidas por ciertos prestadores de servicios electrónicos, el legislador de la Unión Europea haya decidido aportar una respuesta específica en este campo. La misma ha quedado inscrita dentro de su estrategia para la creación de un mercado único digital<sup>918</sup>. Con ello, la Unión reconoce la necesidad de que los autores y titulares de derechos vecinos obtengan un beneficio justo como medio para garantizar el futuro de la creación en Internet.

**450.** Algo más de dos años de tensas discusiones entre los defensores a ultranza de las libertades en línea y los titulares de derechos han transcurrido desde la inicial Propuesta de la Comisión Europea emitida en septiembre de 2016<sup>919</sup> hasta la adopción final de la Directiva 2019/790<sup>920</sup>. La polémica negociación de dicha Directiva proviene precisamente de la introducción de una serie de disposiciones destinadas a reequilibrar las relaciones entre los titulares de derechos y los grandes prestadores de servicios electrónicos (redes sociales, plataformas *user-generated-content*, agregadores de noticias de actualidad etc.) con vistas a lograr reparto del valor más equitativo. Con ello, el Derecho de la Unión pretende situar a los titulares de derechos en una posición más propicia para negociar la concesión de licencias, de manera que puedan obtener una remuneración adecuada por los usos de sus obras y prestaciones en Internet.

Encontrar un punto de equilibrio entre ambas posiciones fue una cuestión extremadamente delicada, y cada una de las conquistas realizadas por los titulares de derechos ha tenido que hacerse a cambio de importantes renunciaciones. El resultado es un texto que decepciona tanto a los partidarios de un derecho exclusivo fuerte, como a aquellos que sólo buscan sustraerse al ejercicio del mismo. Doshan sido las líneas de acción por medio de las cuales el Derecho Europeo ha tratado de corregir el problema del reparto del valor asociado a la circulación de las obras en línea. La primera de ellas, contenida en el actual artículo 15 (*ex* artículo 11 de la Propuesta de Directiva), tiene por objeto la protección de las publicaciones de prensa frente a los usos de las mismas en

---

<sup>918</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, COM(2015) 626 final, Bruselas, 9 de diciembre de 2015, p. 10-12; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Promover una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital*, COM(2016) 592 final, Bruselas, 14 de septiembre de 2016, p. 8-10.

<sup>919</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre los derechos de autor en el mercado único digital*, COM (2016) 593 final, Bruselas, 14 de septiembre de 2016.

<sup>920</sup> Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*.

Internet (Sección 1ª). La segunda, contenida en el artículo 17 (*ex* artículo 13 de la Propuesta de Directiva), regula los usos realizados por parte de las plataformas que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea (Sección 2ª).

## **Sección 1ª: La protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea**

**451.** El primer frente al que la Unión Europea ha querido aportar una solución destinada a corregir la brecha del valor es el relativo a los usos que los agregadores de noticias o los servicios de seguimientos de medios de comunicación en línea hacen de las publicaciones de prensa. Estos servicios proceden a una reutilización masiva de tales publicaciones – concretamente de fragmentos de las mismas (*snippets*) o de imágenes a tamaño reducido (*thumbnails*) – haciendo de éstas el núcleo de su modelo de negocio. Entre los prestadores de este tipo de servicios se incluyen, principalmente, algunas funcionalidades de los motores de búsqueda como es el caso de *Google News*<sup>921</sup>.

La transición digital ha conducido a una disminución significativa del volumen de negocios global de la prensa, y cuyas fuentes de ingresos son fundamentalmente la venta de periódicos y de espacios publicitarios. A día de hoy, la prensa digital genera menos beneficios que la prensa en papel, ya que los ingresos derivados de las suscripciones en línea no permiten aún compensar la caída de las ventas físicas<sup>922</sup>. A ello se le une un fenómeno de captación del valor por parte del uso que los agregadores de noticias de actualidad y los servicios de seguimiento de medios de comunicación realizan de las publicaciones de prensa, ya que éstos son en su mayoría prestados sin la obtención de las licencias correspondientes. No obstante, este argumento<sup>923</sup>, frecuentemente avanzado por parte de los editores de prensa debe ser matizado, pues

---

<sup>921</sup>No obstante, los usos de las publicaciones de prensa en línea no son sólo obra de los servicios de agregación de noticias de actualidad o de seguimiento de medios de comunicación. Este tipo de obras también son ampliamente difundidas por los usuarios de las redes sociales como *Twitter* o *Facebook*, entre otras.

<sup>922</sup>Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, D. Assouline (rapporteur), Sénat, Session ordinaire de 2018-2019, n° 243, 16 de enero de 2019, p. 11.

<sup>923</sup>Para un estudio detallado de los argumentos a favor y en contra del reconocimiento de un derecho vecino en beneficio de los editores de prensa, *vid.* N. MARTIAL-BRAZ, "Le droit voisin des éditeurs de presse dans la Directive sur le droit d'auteur dans le Marché numérique: L'opportunité d'une consécration en question", *Entertainment & Law* 2018, n° 4, p. 295 y s.:

dentro de un cierto equilibrio, la actividad realizada por parte de los servicios de agregación de noticias, en lugar de perjudicarles, puede beneficiarles puesto que les permite aumentar el número de visitas. Así ocurre cuando el extracto de prensa no colma las necesidades de información del internauta y éste decide acudir al sitio fuente para completarla.

**452.** Las iniciativas para poner fin a esta situación, adoptadas a nivel nacional tanto en España como en Alemania, se han revelado infructuosas<sup>924</sup>, sin que ello haya desanimado a otros países como Francia a avanzar en la búsqueda de una nueva solución local<sup>925</sup>. En todo caso, la reciente adopción de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* muestra cómo la propia Unión Europea ha tomado conciencia de este problema, inscribiéndolo en el orden del día de sus políticas en materia de protección de los derechos en el mercado único digital. El considerando nº 54 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* señala, en este sentido, que la existencia de una prensa libre y plural es necesaria para garantizar un periodismo de calidad y el acceso de los ciudadanos a la información, además de que su contribución al debate público y al correcto funcionamiento de una sociedad democrática se considera como algo fundamental.

**453.** A estos efectos, y con el fin de reforzar la posición de las editoriales de prensa a la hora de conceder licencias de explotación sobre sus publicaciones, el artículo 15 de la Directiva aporta una solución basada en el ejercicio del derecho exclusivo (§1). En efecto, dicha solución consiste en el reconocimiento de un nuevo derecho vecino o conexo en beneficio de las editoriales y agencias de prensa cuyo contenido merece una atención particular (§2).

---

<sup>924</sup>Vid. *supra*, nº 417 y s.

<sup>925</sup>Una propuesta de Ley en este sentido fue presentada ante la Presidencia del Senado el 5 de septiembre de 2018, ante el temor de que fracasara la adopción de una solución a nivel europeo. La Ley nº 2019-775 *tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse*, adoptada el 24 de julio de 2019, recoge el contenido del artículo 15 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*, adoptada pocos meses antes, haciendo de Francia el primer país en haber transpuesto en su Derecho interno este apartado de la nueva Directiva europea.

## § 1. Una solución basada en el ejercicio del derecho exclusivo

**454.** Como quedó expuesto en el capítulo anterior, los usos de las publicaciones de prensa por parte de los prestadores de servicios de agregación de noticias de actualidad en línea son actos sometidos al derecho exclusivo de explotación<sup>926</sup>. Este es el motivo que llevó tanto a Alemania como a España a introducir una serie de soluciones a nivel local consistentes, respectivamente, en la atribución de un nuevo derecho vecino a las editoriales de prensa, y en un nuevo límite o excepción compensado al derecho de autor. Ambas iniciativas condujeron al cierre de los servicios más importantes en el ámbito territorial de estos países o, en el mejor de los casos, en Alemania, a la concesión de licencias gratuitas. Su actitud trataba de escudarse en el hecho de que su actividad, en determinadas circunstancias, beneficia a los titulares de derechos. Así ocurre cuando para el internauta no es suficiente la información que le aporta el servicio de agregación y ha de acudir al sitio fuente para completarla. Ello no basta, sin embargo, para justificar que este tipo de servicios pueda desarrollar su actividad económica sin tener que soportar los costes necesarios para ofrecer un contenido periodístico de calidad.

En este contexto de fracaso de las iniciativas a nivel local interviene la solución europea, mediante una disposición inicialmente contenida en el artículo 11 del texto propuesto por la Comisión en septiembre de 2016. Varias eran las soluciones que se le ofrecían al Derecho de la Unión a la hora de intervenir sobre esta cuestión.

**455.** Una primera vía hubiera podido consistir en el recurso a los mecanismos propios del “Derecho blando”, fomentando la celebración de acuerdos entre las partes interesadas<sup>927</sup>. Sin embargo, los editores llevaban ya tiempo tratando de entablar negociaciones con los prestadores de servicios de agregación sin éxito. En consecuencia, una cooperación de tipo voluntario, mediante mecanismos carentes de fuerza vinculante, corría el riesgo de resultar ineficaz en este campo.

**456.** Por este motivo, una solución efectiva sólo podía proceder de una modificación legislativa, esto es, de la inserción de medidas dotadas de carácter obligatorio. Siguiendo los ejemplos alemán y español, la Unión Europea podía optar por

---

<sup>926</sup>Vid. *supra*, nº 391 y s.

<sup>927</sup> Sobre el recurso al *soft law* en el ámbito del Derecho de autor, Vid. *infra*, el Título II de la Segunda parte del presente trabajo (“Las implicaciones voluntarias”).



la creación de un nuevo derecho vecino o conexo que cubriese los usos digitales de las publicaciones de prensa, o bien por el reconocimiento de una nueva excepción<sup>928</sup> compensada. Privilegiando un enfoque basado en el ejercicio del derecho exclusivo, el Derecho Europeo se decantó por la primera opción. El artículo 15 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* reconoce así un nuevo derecho vecino en beneficio de las editoriales de prensa con el propósito de mejorar substancialmente la posición de estos actores a la hora de conceder licencias sobre sus publicaciones para los usos digitales. De este modo, sitúa a los editores de prensa en una posición comparable a la de otros titulares de derechos vecinos como son los productores musicales o audiovisuales, reconociéndoles el papel que desempeñan sus inversiones en el ámbito de la creación de contenidos periodísticos, y permitiéndoles beneficiarse de los mecanismos esenciales para la defensa de sus intereses.

**457.** En efecto, la protección de que hasta ahora brindaban los mecanismos del derecho de autor a las editoriales de prensa se había revelado inadaptada e insuficiente para los nuevos usos de sus publicaciones en el entorno digital. En este sentido, las publicaciones de prensa constituyen, tanto en el Derecho francés como en Derecho español uno de los supuestos más emblemáticos de la categoría de obra colectiva<sup>929</sup>. En virtud del régimen jurídico deriva de la misma, el editor, en cuanto promotor, queda investido *ab initio* de los derechos sobre dichas publicaciones. Sin embargo, esta circunstancia aparentemente ventajosa no le permite ejercer libremente sus derechos. Para determinar el margen de maniobra de que dispone el editor para conceder autorizaciones sobre los usos de los artículos de prensa efectuados en línea por terceros, o luchar contra las utilizaciones ilícitas, es fundamental distinguir el título de prensa en su conjunto y la explotación separada de los artículos que lo componen. Sólo en el primer supuesto el editor de prensa aparece plenamente investido de los derechos de autor. Por el contrario, la situación es más delicada cuando estamos ante una explotación separada de las aportaciones individuales, ya que su incorporación en una obra colectiva no conlleva la desaparición del derecho de autor sobre las mismas. En estos casos es, por tanto, necesaria una cesión expresa de los derechos al editor. Dado que los servicios de agregación noticias y de seguimiento de medios de comunicación

---

<sup>928</sup> De hecho, una de las aportaciones principales de la Directiva 2019/790 ha consistido en la inserción de nuevas excepciones para permitir ciertos usos que tienen lugar en el entorno digital, en sus artículos 3 y 4 (minería de textos y datos); 5 (utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas) y 6 (conservación del patrimonio cultural).

<sup>929</sup> Artículos L. 113-5 CPI y 8 TRLPI

suelen mostrar elementos de determinados artículos de prensa, y no la publicación en su conjunto, el régimen de la obra colectiva resultaba insuficiente en este campo<sup>930</sup>.

Por su parte, y ya con el fin de colmar algunas de las deficiencias que el régimen de la obra colectiva planteaba para los intereses de los editores, la Ley francesa de 12 de junio de 2009<sup>931</sup> introdujo un mecanismo de cesión automática de los derechos de los periodistas particularmente amplio. En virtud de lo dispuesto en el artículo L. 132-36 CPI, el contrato por medio del cual el periodista profesional contribuye, de forma permanente u ocasional a la elaboración de un título de prensa comporta, salvo estipulación en contrario, la cesión a título exclusivo al empleador de los derechos de explotación de las obras del periodista realizadas en el marco de dicho título, ya sean efectivamente publicadas o no. Se trata de una cesión *ab initio*, si bien su alcance sufre una serie de limitaciones. En primer lugar, dicha cesión queda restringida a un período de tiempo que deberá quedar fijado por medio de un acuerdo de empresa o, en su defecto, por cualquier otro acuerdo colectivo<sup>932</sup>. Por otra parte, el alcance de la cesión se limita a la explotación de la obra en un determinado título de prensa o, si el acuerdo de empresa así lo permite, a otros títulos que la sociedad edite, a condición de que éstos pertenezcan a una misma familia coherente de prensa que el título de prensa inicial<sup>933</sup>. En cambio, toda cesión de la obra para su explotación por un tercero a la sociedad editora queda sometida al acuerdo expreso y previo del autor, expresado a título individual o en un convenio colectivo, sin perjuicio, en este segundo caso, del ejercicio del ejercicio moral por parte del periodista<sup>934</sup>. Esta circunstancia limita considerablemente el margen de actuación de los editores a la hora de tratar de negociar la concesión de licencias con los titulares de los servicios de agregación de noticias de actualidad.

**458.** Estas son las razones por las cuales la atribución de este nuevo derecho vecino a las editoriales de prensa ha sido vista como la única solución susceptible de

---

<sup>930</sup> Acerca de la utilidad del concepto de obra colectiva y los principales problemas que plantea esta categoría de obra *vid.* P. CÁMARA ÁGUILA, “La obra colectiva: ¿solución o problema?, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 35 (mayo-agosto 2010), p. 13-52.

<sup>931</sup> Ley n° 2009-669 du 12 juin 2009 *favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, conocida como Ley Hadopi I.

<sup>932</sup> Arts. L.132-37 y L.132-38 CPI. Una vez transcurrido dicho período, la explotación de la obra en el título de prensa será objeto de una remuneración complementaria, en forma de derechos de autor o de salario, en las condiciones determinadas por el acuerdo de empresa o el acuerdo colectivo.

<sup>933</sup> Art. L. 132-39 CPI.

<sup>934</sup> Art. L. 132-40 CPI.

dotarles de mecanismos de lucha contra las infracciones de derechos más sencillos y eficientes. En efecto, en calidad de mero cesionario, los tribunales exigen al editor la prueba de que efectivamente posee los derechos supuestamente infringidos. Demostrar la existencia decada uno de los contratos firmados con los periodistas se vuelve una tarea imposible, teniendo en cuenta que estamos ante utilizaciones masivas a la vez que efímeras, puesto que el núcleo de la actividad de los servicios de agregación se centra en las noticias de actualidad<sup>935</sup>. Por otra parte, en lo que se refiere a los mecanismos de defensa de los derechos, la atribución de un derecho vecino a las editoriales de prensa hace que éstas acceder a las soluciones aportadas tanto a nivel europeo, por medio de la *Directiva relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*<sup>936</sup>, como de todas aquellas que figuran en las legislaciones nacionales<sup>937</sup>.

Por último, el reconocimiento de un nuevo derecho vecino pretende, ante todo, hacer que los prestadores de servicios de agregación sean más proclives a la suscripción de acuerdos de licencia para la reutilización de los contenidos pertenecientes a los editores de prensa. Dicho de otro modo, el fin último de este mecanismo es el de reequilibrar la posición de las editoriales de prensa en sus relaciones con los gigantes de la Web. Hasta el momento, estos actores se habían aprovechado de las ineficiencias propias del dispositivo jurídico en vigor. En definitiva, habían actuado a sabiendas de que no iban a enfrentarse a oposiciones significativas debido a que los procesos que los editores tendrían que emprender para exigir el respeto de sus derechos resultarían largos y costosos. Por ello, es de esperar que una capacidad de defensa efectiva de los derechos sobre las publicaciones desincentive la infracción e incentive la búsqueda de la concesión de licencias<sup>938</sup>.

**459.** Por otra parte, se entiende que el impacto positivo de esta nueva protección para los editores debería verse reforzado por su dimensión a escala del conjunto de la Unión Europea, aportando así una protección más efectiva que aquella que proporcionan las leyes nacionales. Se espera así que esta circunstancia sea decisiva para

---

<sup>935</sup> *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, Rapport CSPLA, enero de 2018, p. 31.

<sup>936</sup> Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, *relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*.

<sup>937</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment *on the modernisation of EU copyright rules*, SWD(2016) 301 final, Part 1/3, Bruselas, 14 de septiembre de 2016, p. 166.

<sup>938</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment *on the modernisation of EU copyright rules*, *op.cit.*, p. 167.

mejorar el poder de negociación de los editores, en comparación con cuanto ha ocurrido bajo las medidas nacionales en Alemania y España.

**460.** Por lo que al fundamento de este nuevo derecho vecino se refiere, el mismo se encuentra, al igual que ocurre con otros derechos vecinos reconocidos en las leyes, en la protección de las inversiones que realiza el editor de prensa, y que son fundamentales para el desarrollo de este medio de comunicación en el entorno digital. Entre ellas figura la inversión financiera necesaria para adquirir contenidos, así como las inversiones propias de la labor de edición<sup>939</sup>. Además, en el caso de las editoriales de prensa, el reconocimiento de un derecho vecino contribuye asimismo a garantizar la existencia de una información de calidad. El considerando nº 55 afirma, en este sentido, que debe reconocerse y potenciarse la contribución organizativa y financiera de las editoriales a la producción de publicaciones de prensa para asegurar la sostenibilidad del sector y favorecer así la disponibilidad de información fiable, en un entorno en el más que nunca es necesario que la información sea tratada de forma profesional, para hacer frente al problema de las noticias falsas o *fake news*<sup>940</sup>.

**X.** Este motivo es el que ha llevado al legislador europeo a establecer un elenco amplio de beneficiarios de este nuevo derecho vecino. El considerando nº 55 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* señala que “debe entenderse que el concepto de editorial de publicaciones de prensa comprende a los prestadores de servicios, como las editoriales de noticias o las agencias de noticias, cuando publican publicaciones de prensa en el sentido de la presente Directiva”. La razón para extender el beneficio de este nuevo derecho vecino a las agencias de prensa reside en el hecho de que estos organismos, proveedores esenciales de los periódicos, se enfrentan a las mismas dificultades en el entorno digital que éstos últimos. En consecuencia, sufren a causa de la pérdida o disminución de ingresos de sus principales clientes, las editoriales de prensa. Las agencias participan así, junto con estas últimas, al pluralismo de fuentes de información, y a la búsqueda de informaciones basadas en hechos objetivos, fuera de toda opinión política. Estos organismos realizan una

---

<sup>939</sup> *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, op.cit., p. 13.

<sup>940</sup> En el mismo sentido, *Vid. en Francia el Rapport [...] sur la proposition de loi tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse*, op. cit., p. 25.

verificación de la información y un tratamiento de ésta por profesionales<sup>941</sup>, algo que adquiere una importancia fundamental frente a la extensión de las *fake news*<sup>942</sup>. Por ello, se considera que, cuando la agencia realiza una función comparable a la del editor de una publicación de prensa, debería asimismo disponer de un derecho vecino sobre la información recopilada y producida por sus empleados.

## **§ 2. El contenido del nuevo derecho vecino en beneficio de las editoriales de prensa.**

**461.** El nuevo derecho vecino reconocido en beneficio de las editoriales de prensa, consta de un contenido o ámbito de aplicación específico. El estudio de dicho ámbito de aplicación requiere delimitar los supuestos que cubre, y ello tanto positiva (A) como negativamente (B).

### **A. Delimitación positiva**

**462.** Dentro de la delimitación positiva del derecho vecino de las editoriales de prensa, podemos distinguir su objeto (1), así como su régimen jurídico (2).

#### ***1. El objeto***

**463.** El objeto del nuevo derecho vecino son las publicaciones de prensa que el artículo 2.4 de la Directiva 2019/790 define como una “recopilación compuesta principalmente por obras literarias de carácter periodístico, pero que también puede incluir otras obras u otras prestaciones, y que: a) constituye un elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título, como un periódico o una revista de interés general o especial; b) tiene por finalidad proporcionar al público en general información sobre noticias u otros temas; y c) se publica en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo la responsabilidad editorial y el control de un prestador de servicios”. Tres son, en consecuencia, los rasgos esenciales

---

<sup>941</sup>*Rapport sur l’objet et le champ d’application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, op.cit., p. 28.

<sup>942</sup>*Rapport sur l’objet et le champ d’application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, op.cit., p. 30.

de las publicaciones de prensa a las que se refiere la Directiva: el carácter periódico de la publicación, la actualización regular de la información proporcionada y, por último, el carácter neutro del soporte de difusión. Se incluyen aquí los periódicos de publicación diaria, las revistas semanales o mensuales de interés general o especial, incluidas las revistas obtenidas mediante suscripción, y los sitios web de noticias<sup>943</sup>. La Directiva aporta así una definición amplia del objeto de este nuevo derecho vecino, tan sólo acotado negativamente mediante la exclusión expresa de las revistas periódicas que se publican con fines científicos o académicos. La razón de dicha exclusión reside en que este nuevo derecho vecino está concebido para los usos realizados por los servicios de agregación de noticias de la prensa de actualidad.

La recopilación que conforma la “publicación de prensa” estará compuesta principalmente por obras literarias de carácter periodístico, pero también puede incluir otras obras o prestaciones. Como afirma el considerando n° 56, hoy en día, los contenidos periodísticos son cada vez más contenidos de vídeo y de audio. En consecuencia, no hay razón para distinguir los contenidos, cualquiera que sea su forma – escrita, audiovisual, gráfica u otra –, protegiéndolos de igual modo siempre que sean originales. Ello supone que el objeto de la protección acordada por este derecho vecino no habrá de limitarse a las obras literarias, abarcando también otro tipo de obras y prestaciones, en particular, las fotografías y vídeos.

## ***2. El régimen jurídico***

**464.** El nuevo artículo 15 de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital reconoce a las editoriales de publicaciones de prensa establecidas en un Estado miembro los derechos establecidos en el artículo 2 y en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29/CE para el uso en línea de sus publicaciones por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información. En consecuencia, en virtud de este nuevo derecho vecino, las editoriales de prensa podrán exigir autorizaciones por los actos de reproducción y puesta a disposición que los prestadores de servicios en línea hagan de sus publicaciones<sup>944</sup>. El considerando n° 57 afirma, en este sentido, que “los

---

<sup>943</sup> Considerando n° 56 de la Directiva 2019/790.

<sup>944</sup> Como afirma T. AZZI, los derechos concedidos sobre la base del artículo 15 de la Directiva sólo se aplican a los usos que tienen lugar en línea. En consecuencia, no tienen vocación a ser aplicados en otro

derechos reconocidos a las editoriales de publicaciones de prensa en virtud de la presente Directiva deben tener el mismo alcance que los derechos de reproducción y puesta a disposición del público previstos en la Directiva 2001/29/CE en la medida en que se refieran a usos en línea por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información”.

**465.** El ejercicio de este derecho, no obstante, no podrá afectar ni a la existencia ni al ejercicio de los derechos de los autores de las publicaciones de prensa, o de los elementos que las componen. El apartado 2 del artículo 15 recuerda con claridad la preeminencia del derecho de autor sobre los derechos vecinos o conexos, una regla que viene ya establecida en el Convenio de Roma de 1961<sup>945</sup>. Así, dicho apartado establece que “los derechos contemplados en el apartado 1 no modificarán en absoluto ni afectarán en modo alguno a los derechos que el Derecho de la Unión establece para los autores y otros titulares de derechos, en relación con las obras y otras prestaciones incorporadas a una publicación de prensa”. Ello es lógico teniendo en cuenta que este nuevo derecho vecino no está diseñado para conferir a las editoriales un poder mayor con respecto a los autores de las publicaciones de prensa, lo cual se traduce en una serie de reglas que moderan las condiciones de su ejercicio.

**466.** En este sentido, el primer párrafo del artículo 15.2 de la Directiva afirma que “los derechos contemplados en el apartado 1 no se invocarán frente a los autores y otros titulares de derechos y, en particular, no les privarán del derecho a explotar sus obras y otras prestaciones con independencia de la publicación de prensa a la que se incorporen”. Esta disposición ha de completarse con la lectura de los artículos L. 121-8, 1º CPI y 52 TRLPI, en virtud de los cuales, y salvo estipulación en contrario, los autores de las obras reproducidas en publicaciones periódicas conservarán su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado. Por otra parte, los derechos de otros posibles cesionarios permanecerán intactos cuando la cesión se haya realizado sin carácter exclusivo. En este

---

contexto, por ejemplo, cuando el usuario se limita a realizar una reproducción o difusión en papel de una publicación de prensa (T. AZZI, “Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle”, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 97).

<sup>945</sup> *Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión*, Roma, 26 de octubre de 1961, artículo 1º. En el mismo sentido, en Francia, el artículo L. 211-1 del *Code de la propriété intellectuelle* afirma que “los derechos vecinos no afectan a los derechos de los autores. En consecuencia, ninguna disposición del presente título deberá ser interpretada de manera que limite el ejercicio del derecho de autor por sus titulares” (traducción propia).

sentido, el segundo párrafo del artículo 15.2 establece que “cuando una obra u otra prestación se incorpore a una publicación de prensa sobre la base de una licencia no exclusiva, los derechos contemplados en el apartado 1 no se invocarán para prohibir su utilización por otros usuarios autorizados. Por último, el derecho vecino reconocido en beneficio de las editoriales de prensa no se invocará para prohibir la utilización de obras u otras prestaciones cuya protección haya expirado”.

**467.** A mayor abundamiento, este nuevo derecho vecino también está diseñado para permitir que los autores de las publicaciones queden asociados a los beneficios obtenidos por los editores de prensa a cambio de la autorización de estos usos. Dicho de otro modo, se trata que este nuevo derecho tenga también un impacto positivo para los autores y otros titulares de derechos sobre las publicaciones. En consecuencia, el apartado 5 del artículo 15 obliga a los Estados miembros a establecer disposiciones mediante las cuales los autores de las obras incorporadas a una publicación de prensa reciban una parte adecuada de los ingresos que las editoriales perciban por el uso de sus publicaciones por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información. De esta forma, la corrección de la brecha del valor que por medio de este nuevo artículo 15 se pretende obtener, no beneficia únicamente a las editoriales de prensa, sino también a los autores que nutren estas publicaciones por medio de sus aportaciones.

**468.** Por último, otro aspecto esencial al régimen jurídico de este nuevo derecho vecino – y que muestra claramente la prevalencia del derecho de autor sobre el mismo – es su duración. Este ha sido, de hecho, uno de los temas más polémicos de la negociación de la Directiva en este punto. Así, el inicial plazo de veinte años que figuraba en la Propuesta de Directiva de la Comisión, fue drásticamente reducido a un plazo de cinco años en la versión aprobada por el Parlamento Europeo en septiembre de 2018, para caer a un plazo de un año en la versión aprobada por el Consejo. El texto adoptado el 26 de marzo de 2019 ha establecido finalmente, en el párrafo 3 del artículo 15, que “los derechos contemplados en el apartado 1 expirarán dos años después de haberse publicado la publicación de prensa”. Este plazo se calculará a partir del 1 de enero del año siguiente a la fecha en que se publicó dicha publicación de prensa”. Con ello, la Directiva otorga a las editoriales de prensa una protección que debería resultar eficaz frente a los agregadores de noticias de actualidad pero que, sin embargo, no garantiza la posición de los editores con respecto a otros posibles modelos de negocio.



## B. Delimitación negativa

**469.** Las consideraciones realizadas en el apartado anterior muestran cómo el ejercicio del nuevo derecho vecino o conexo en beneficio de las editoriales de prensa se encuentra acotado por el ejercicio de los autores sobre sus publicaciones. El ámbito de aplicación de este derecho se encuentra, además, delimitado negativamente por una serie de parámetros establecidos en el mismo artículo 15. En efecto, la consecución de un punto de equilibrio entre los intereses de los editores de prensa y los usuarios de sus publicaciones han dado a este nuevo derecho vecino un alcance mucho menor del que cabía en un principio esperar.

**470.** En primer lugar, el segundo párrafo del artículo 15.1 establece que “los derechos contemplados en el párrafo primero no se aplicarán al uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por parte de usuarios individuales”. El considerando nº 55 completa este artículo afirmando que la protección que dispensa este derecho vecino “tampoco debe aplicarse a los sitios web, como blogs, que proporcionan información como parte de una actividad que no se lleva a cabo por iniciativa ni con la responsabilidad y control editorial de un prestador de servicios, como una editorial de noticias”. Más allá de los *blogs*, lo establecido en esta disposición excluye, en definitiva, todos los usos de las publicaciones de prensa que tienen lugar por medio de las redes sociales, en donde, sin embargo, este tipo de obras son ampliamente compartidas y difundidas por los usuarios en sus “muros”. Este tipo de usos podrían, no obstante, quedar cubiertos por lo establecido en el artículo 17 de la misma Directiva, cuyas disposiciones regulan los usos de las obras por parte de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea<sup>946</sup>.

**471.** En segundo lugar, el tercer párrafo del artículo 15.1 señala que “la protección otorgada en virtud del párrafo primero no se aplicará a los actos de hipervínculo”. Lo que el artículo 15 no especifica es si esta exclusión afecta a todos los tipos de enlace o sólo a algunos de ellos. Con ello, el legislador europeo transcribe en el texto de la Directiva la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia

---

<sup>946</sup>Vid. *infra*, Sección 2ª del presente capítulo, nº 506 y s.

de enlaces<sup>947</sup>, que ha consagrado una suerte de “libertad de enlazar” de carácter muy amplio, al considerarla como una actividad consubstancial al funcionamiento de Internet. Esta libertad comprende también el caso de los enlaces que emplean la técnica de la transclusión o *framing*<sup>948</sup>. La misma es frecuentemente utilizada en el caso de los vídeos, comprometiendo así la efectividad de la protección del derecho de las editoriales de prensa para este tipo de obras. En todo caso, el texto de la Directiva deja claro que la protección que dispensa este nuevo derecho vecino no abarca al acto de enlazar, sino el extracto de la noticia de prensa que lo acompaña, u otros elementos como pueden ser las fotografías. Existe, en efecto, una diferencia significativa entre el mero enlace y el *snippet*, que consiste en una reproducción parcial de un artículo de prensa.

**472.** Sin embargo, el párrafo 4º del artículo 15.1 comporta otra restricción de envergadura, y cuyo alcance es incierto, al afirmar que “los derechos contemplados en el párrafo primero no se aplicarán al uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de una publicación de prensa”. Es evidente que la protección no puede abarcar el caso de palabras sueltas, pues ningún derecho de autor puede tener tal finalidad. De modo similar, dicha protección tampoco debe extenderse a los meros hechos comunicados en las publicaciones de prensa<sup>949</sup>, pues éstos forman parte del ámbito de las ideas o de la información, elementos cuya circulación ha de ser libre. El artículo 2.8 del Convenio de Berna establece, en este sentido, que la protección que confiere a los autores no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa. La duda se plantea en cuanto a qué ha de entenderse por “extractos muy breves”, ya que, por definición, el *snippet* consiste en un pequeño fragmento de texto de una publicación de prensa. ¿Dónde se sitúa la frontera entre un extracto breve, en teoría protegido por el derecho vecino, y el extracto “muy breve”, excluido de la protección? Podemos poner en entredicho la utilidad de esta exclusión que, en nuestra opinión, no hará sino aumentar el número de controversias.

---

<sup>947</sup> STJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, *Svensson y Retriever Sverige AB*, asunto C-466/12, *Juris art etc.*, nº 13/2014, p. 35 s., *D.* 2014, p. 480; *ibid.* p. 2078, obs. P. Sirinelli; *ibid.* 2317, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; *RTD com.* 2014. P. 600, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* 2014, comm. 34, Ch. Caron.; ATJUE (Sala Novena), de 21 de octubre de 2014, asunto C-348/13, *BestWater International GmbH y Michael Mebes y Stefan Potsch*; *D.* 2014, p. 2293, *Juris art etc.*, nº 20/2014, p. 37; *CCE* 2014, comm. 92, Ch. Caron.

<sup>948</sup> Mediante la técnica del *framing*, cuando los usuarios hacen clic en el enlace en cuestión, la obra aparece en la web de un tercero dando la impresión de que pertenece a los contenidos de esa página.

<sup>949</sup> Considerando nº 57 de la Directiva 2019/790.

Basada en lo establecido en el informe de 2018 acerca del objeto y el ámbito de aplicación del derecho vecino de los editores de publicaciones de prensa del CSPLA<sup>950</sup>, la recientemente aprobada Ley francesa ha adoptado una concepción finalista del *snippet* en su artículo L. 211-3-1 CPI<sup>951</sup>. En virtud de la misma, desde el mismo momento en que un *snippet* actúa como sustitutivo de un artículo de prensa o dispensa de leerlo, debería quedar cubierto por el ámbito de aplicación del derecho vecino. La utilización de ciertas tecnologías hace presumir dicha sustitución. El caso más evidente es el de la transclusión, pues al no reenviar al sitio web de origen, la sustitución es clara y manifiesta. Por este motivo, el CSPLA preconizó en el citado informe que los enlaces simples deberían quedar fuera del ámbito de aplicación del derecho vecino de los editores de prensa, pero no aquellos que emplean la técnica del *framing*<sup>952</sup>.

Este tipo de interpretación podría encontrar asiento en lo establecido en el considerando nº 58 de la Directiva de 2019. El mismo parte de la afirmación de que los usos de partes de publicaciones de prensa han adquirido una importancia económica, pero, al mismo tiempo, el uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de publicaciones de prensa por los prestadores de servicios de la sociedad de la información puede que no perjudique a las inversiones realizadas por las editoriales de publicaciones de prensa para la publicación de los contenidos. El considerando nº 58 concluye afirmando que “habida cuenta de la agregación y el uso a gran escala que hacen de las publicaciones de prensa los prestadores de servicios de la sociedad de la información, es importante que la exclusión de los extractos muy breves se interprete de manera que no afecte a la efectividad de los derechos contemplados en la presente Directiva”. Subyace posiblemente aquí la idea de que los fragmentos que, por sí mismos, no aportan al lector toda la información que éste querría conocer podrían escapar a la protección de los derechos establecidos en el artículo 15 de la Directiva, pues se presume que, en estos casos, el lector acudirá al sitio fuente. De esta manera, la

---

<sup>950</sup> *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, Rapport CSPLA, enero de 2018, p. 25.

<sup>951</sup> El artículo L. 211-3-1 CPI establece que los beneficiarios de los derechos establecidos en el artículo L. 218-2 CPI no pueden oponerse a la utilización de palabras aisladas o extractos muy cortos de una publicación de prensa. Pero acto y seguido aclara que esta excepción no puede afectar a la eficacia de los derechos establecidos en beneficio de las editoriales y agencias de prensa, y que dicha eficacia se ve sobre todo afectada cuando la utilización de estos extractos muy breves actúa en sustitución de la publicación de prensa en sí misma, o dispensa al lector de acudir a la misma.

<sup>952</sup> *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, op. cit., p. 25.

labor del servicio de agregación de noticias permite beneficiar al editor, puesto que, al redirigir al internauta hacia su sitio web, tendrá una audiencia que monetizar.

**473.** Por último, el considerando nº 57 de la Directiva recuerda también que los derechos reconocidos a las editoriales de publicaciones de prensa quedarán sujetos a las mismas disposiciones sobre excepciones y limitaciones que las aplicables a los derechos establecidos en la Directiva 2001/29/CE, incluida la excepción en el caso de citas con fines tales como la crítica o la reseña establecida en el artículo 5, apartado 3, letra d), de dicha Directiva.

**474.** Pensado como un medio para reequilibrar la relación entre los editores de prensa y los prestadores de servicios de agregación, la verdadera fuerza de la solución adoptada en el artículo 15 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* residía en el alcance europeo de la solución. Este factor era visto como medio para contrarrestar las amenazas recurrentes de los grandes prestadores de servicios, y principalmente *Google*, de dejar de ofrecer su funcionalidad de agregación de noticias en el territorio de un Estado que le impusiera respetar el derecho de autor, a no ser que los titulares de derechos le concedieran autorizaciones a título gratuito. El Estado francés ha sido, en este sentido, pionero en transponer las nuevas obligaciones establecidas en el artículo 15 de la Directiva 2019/790 mediante la adopción de la Ley de 24 de julio de 2019<sup>953</sup>, algo que puede ser visto como un mecanismo para dar ejemplo a sus homólogos e invitarles a intervenir rápidamente en este campo en lugar de demorar inútilmente la transposición. Sin embargo, tan pronto como esta Ley entró en vigor, *Google* Francia comenzó a amenazar nuevamente a los editores de prensa con relegar a las últimas posiciones de su clasificación a todos los títulos de los editores que se negaran a conceder autorizaciones a título gratuito. Ciertamente es que, por el momento, Francia es el único país de la Unión Europea en el que *Google* queda obligado a solicitar autorizaciones y remunerar a los editores por los usos que realiza de las publicaciones de prensa, de forma que ello le permite aún mantener su posición de fuerza. Cabe pensar que quizá su reacción no hubiera sido la misma si hubiera estado obligado a respetar los derechos en el conjunto de los Estados Miembros. Pero la esperanza está sobre todo puesta ahora en que prospere el recurso que las asociaciones y sindicatos de editores de prensa locales han introducido ante la

---

<sup>953</sup> Ley n° 2019-775 de 24 de julio de 2019 *tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse*.

Autoridad de la Competencia francesa solicitando que Google sea condenado por un abuso de posición de dominio. Quizá la efectividad del derecho de autor tenga finalmente que proceder de una normativa externa al mismo como es el Derecho de la Competencia.

**475.** En definitiva, por medio de la Directiva 2019/790 el legislador de la Unión Europea ha reconocido un nuevo derecho vecino en beneficio de los editores de prensa para los usos en línea de sus publicaciones cuyo alcance ha sido mucho menor de lo que cabía en un principio esperar, y cuya eficacia para lograr un mejor reparto del valor es aún incierta. Una iniciativa de carácter más amplio, y también con el fin de reequilibrar las posiciones de los titulares de derechos y ciertos prestadores de servicios en línea – en este caso, las plataformas colaborativas – ha sido introducida en su artículo 17.

## **Sección 2ª: El uso de contenidos protegidos por parte de las plataformas colaborativas**

**476.** En su incesante búsqueda de equilibrio, y con el fin de promover el desarrollo de las comunicaciones digitales, el legislador europeo se inclinó, en el año 2000, por proteger a determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información, instaurando en su favor un régimen específico de exoneración de responsabilidad. Recogido en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE<sup>954</sup>, su objetivo era, ante todo, facilitar el auge del comercio electrónico<sup>955</sup>. Ello suponía no sólo establecer una serie de reglas que protegieran al consumidor, sino igualmente

---

<sup>954</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (Directiva sobre el comercio electrónico).

<sup>955</sup> El considerando nº 2 de la Directiva 2000/31/CE afirma, así, lo siguiente: “el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos”. En el mismo sentido, en su Informe *sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE* (COM (2003) 702 final), de 21 de noviembre de 2003, la Comisión Europea señala que “las limitaciones de la responsabilidad de los intermediarios en la Directiva se consideraron indispensables para garantizar, por un lado, la prestación de servicios básicos que protejan el flujo libre y continuado de información en la red y, por otro, la existencia de un marco que permita el desarrollo de Internet y el comercio electrónico. Los diferentes enfoques de las legislaciones y jurisprudencias que iban surgiendo en los Estados miembros y la inseguridad jurídica resultante para las actividades transfronterizas planteaban el riesgo de que se crearan obstáculos a la libre prestación de servicios transfronterizos” (p. 14).

prever un régimen de responsabilidad favorable a la actividad de los servicios de intermediación, actores esenciales de las comunicaciones electrónicas, y sin los cuales ninguna actividad comercial en línea sería posible.

**477.** En el contexto de la Web 2.0 o “interactiva” han surgido nuevos usos que conllevan una utilización no autorizada de las obras del espíritu. Numerosas y populares son las llamadas plataformas “contributivas” o “colaborativas” que permiten a los usuarios compartir obras y otro tipo de prestaciones protegidas sin que los titulares de derechos queden implicados en este proceso. La situación es singular, ya que estas plataformas no ponen por sí mismas el contenido en línea, sino que ello es obra de múltiples usuarios individuales y dispersos. Hacemos aquí referencia a las plataformas de *user-generated content (UGC)* o *user-uploaded content (UUC)*. Este tipo de servicios permite la participación activa del internauta, el cual suministra datos, informaciones o contenidos de diversa índole, y su utilidad se declina en una amplia variedad de usos: foros, enciclopedias, plataformas de contenidos audiovisuales, mapas, redes sociales, etc.

**478.** Estos nuevos usos han llevado a cuestionar si las disposiciones de los arts. 12 a 15 de la Directiva sobre el comercio electrónico permiten tratar de una manera adecuada la actividad de las llamadas “Web 2.0”, cuya presencia y desarrollo eran aún incipientes en el momento de la adopción de dicha Directiva. Así, algunas de sus disposiciones podrían haber quedado desfasadas, o bien, su interpretación no se ajusta a algunos de los mencionados nuevos usos interactivos en el contexto de la Web colaborativa. En particular, la aplicación del régimen de exoneración de responsabilidad previsto para las actividades de alojamientos de datos en el artículo 14 la Directiva 2000/31/CE ha supuesto un desequilibrio en la relación entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y las plataformas que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea. El monopolio de explotación se ha visto así privado de eficacia frente a las actividades de determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información (§1), razón por la cual la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* ha tratado de aportar nuevas soluciones jurídicas (§2).

## § 1. La ineficacia del monopolio de explotación frente a la actividad de determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información

**479.** El desarrollo de la tecnología digital y de los usos colaborativos de las obras en Internet ha favorecido una difusión de las obras del espíritu sin precedentes. Estos usos se han convertido en una de las principales vías de acceso a los contenidos en línea, sin que su circulación en la red cuente con la autorización de los titulares de derechos. En este contexto, las infracciones de los derechos de autor son perpetradas de forma masiva, por millones de usuarios individuales, lo cual las hace difícilmente controlables. Ante esta situación, el Derecho positivo se ha revelado carente de recursos suficientes y eficaces. Varias han sido las reformas de las legislaciones en materia de derechos de autor que han conducido a la introducción de nuevos mecanismos de sanción. En España, una evolución importante ha venido de la mano de una ampliación considerable de los supuestos de responsabilidad por infracción indirecta<sup>956</sup>, tan solo acotada por las exenciones de responsabilidad consagradas en los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, comúnmente designados como *safe harbours*<sup>957</sup>.

**480.** El funcionamiento de Internet exige, en efecto, la intervención de una serie de intermediarios cuyas funciones son meramente técnicas, en el sentido de que ocupan una posición neutral, entre el envío de datos y su recepción final. Puesto que, en principio, no ejercen ningún tipo de intervención sobre la información o los datos transmitidos, y sus actividades son necesarias para funcionamiento de la red, el legislador europeo instauró un régimen protector en beneficio de determinados prestadores de servicios de intermediación<sup>958</sup>. Se trata de un régimen especial de

---

<sup>956</sup> *Vid. supra*, nº 169 y s.

<sup>957</sup> La legislación española es explícita en este punto. El artículo 138, párrafo 2º del TRLPI, resultante de la reforma de la Ley en 2014, que amplió los supuestos de responsabilidad indirecta, dispone en este sentido, que “tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación”.

<sup>958</sup> Acerca de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información *vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, La responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de propiedad intelectual. Un estudio de Derecho Comparado*, Tecnos, 1ª ed., 2015; E. RICBOURG-ATTAL, *La responsabilité civile des acteurs de l'internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, Larcier, 1ª ed., 2014, CSPLA, Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet, P.

responsabilidad, que deroga al régimen común de responsabilidad por hecho ajeno. Ocurre, sin embargo, que algunas de estas disposiciones se han revelado contraproducentes para la correcta protección de los derechos de autor en las redes digitales. En efecto, si la exención de responsabilidad prevista para los proveedores de acceso y los prestadores de servicios de *caching* no plantea mayores problemas – más allá de la colaboración que les pueda ser exigida para frenar o poner fin a la infracción<sup>959</sup> – no ocurre lo mismo con los prestadores de servicios de alojamiento, a la luz de las evoluciones introducidas por la Web 2.0 o Web colaborativa. En consecuencia, ¿las disposiciones del artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico se encuentran desfasadas con respecto a los nuevos usos colaborativos de las obras en línea? En nuestra opinión, el problema no reside en el reconocimiento de un régimen de exoneración de responsabilidad en beneficio de los prestadores de servicios de alojamiento (A), sino en el hecho de que dicho régimen ha sido reivindicado de forma abusiva por parte de algunos prestadores de servicios cuya actividad no se corresponde con las hipótesis barajadas por el legislador en el año 2000 (B).

#### **A. El régimen de exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento**

**481.** La Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico establece, en su artículo 14, un régimen de exoneración de responsabilidad para las actividades de alojamiento de datos, y que dicho artículo se limita a describir como un servicio de la sociedad de la información consistente en “almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio”, a petición de este último<sup>960</sup>. La generalidad de esta definición hace de la prestación de servicios de alojamiento de datos una categoría capaz de acoger actividades de muy diversa índole. Ello no es de extrañar teniendo en cuenta la

---

Sirinelli, J.-A. Benazeraf, J. Farchy y A. de Nervaux, 2008; A. BENSAMOUN y J. GROFFE, “Création numérique”, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2014, n° 172-211. Asimismo, para una crítica firme de este régimen específico de responsabilidad, *vid.* M. VIVANT, “Responsabilité des intermédiaires techniques de l’Internet: l’obscurité d’un droit sans boussole apparente”, in *Mélanges Pouillet, Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Larcier, 2018, p. 319.

<sup>959</sup> Los artículos 12 a 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico sólo otorgan protección en el ámbito civil frente a las acciones por daños y perjuicios, por lo que las acciones de cesación y las medidas cautelares quedan a salvo, tal y como se recuerda en los arts. 12.3, 13.2 y 14.3 de la Directiva. Sobre la acción de cesación, *vid. supra*, n° 320 y s.

<sup>960</sup> La transposición del mencionado artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE en las legislaciones española y francesa figura en los artículos 16 de la Ley 34/2002 *de Servicios de la Sociedad de la Información* (LSSI) y 6.I.2 de la *Loi pour la confiance dans l’économie numérique* (LCEN), respectivamente.



aproximación horizontal o transversal de la Directiva<sup>961</sup>, así como el hecho de que ésta no se refiere a prestadores de servicios concretos, sino que se limita a definir los parámetros de la actividad que queda comprendida dentro del régimen de exoneración de responsabilidad. En consecuencia, han podido ser calificados como prestadores de servicios de alojamiento los sitios web que permiten compartir contenidos de tipo audiovisual<sup>962</sup>, los motores de búsqueda<sup>963</sup>, y las plataformas de comercio electrónico como *eBay* o *Amazon*<sup>964</sup>. Lo que es un hecho cierto es que el alojamiento de “datos” puede abarcar obras y otros objetos protegidos por un derecho de propiedad literaria y artística, como lo ilustra la definición de la actividad de alojamiento de datos contenida en el artículo 6.I.2 de la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN), refiriéndose así a “las personas físicas o jurídicas que garantizan, incluso a título gratuito, para la puesta a disposición del público por los servicios de comunicación al público en línea, el almacenamiento de signos, escritos, imágenes, sonidos o mensajes de cualquier naturaleza proporcionados por los destinatarios de estos servicios”.

**482.** Por lo que respecta al régimen jurídico consagrado en la Directiva sobre el comercio electrónico, el primer apartado de su artículo 14 dispone que “los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario [...]”. No obstante, tal exoneración de responsabilidad no es absoluta, sino que queda subordinada al cumplimiento de una serie de condiciones.

<sup>961</sup>La Directiva sobre el comercio electrónico sigue una aproximación “horizontal”, en el sentido de que se aplica tanto a la responsabilidad penal como a la civil, abarcando cualquier tipo de violación de derechos de terceros. Ello incluye, entre otras materias, los derechos de propiedad intelectual e industrial, o los derechos de la personalidad (honor, intimidad personal y familiar, derecho a la propia imagen, etc.).

<sup>962</sup>En Francia, la plataforma *Dailymotion* en la Sentencia Civ. 1<sup>re</sup>, de 17 de febrero de 2011, n° 09-67.896, D. 2011 p. 1113, obs. Manara y nota L. Grynbaum; D. 2011 p.2363, obs. Larrieu, Le Stanc et Tréfigny-Goy; D. 2011 p. 2164, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2011, p. 351, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* 2011, p. 32, nota Ch. Caron; *JCP* 2011, p. 520, nota A. Debet; *Légipresse* 2011, n° 283, p. 297, nota V. Varet; *Prop. intell.* 2011, no 39, p. 197, obs. A. Lucas; *RIDA* avr. 2011, p. 293, nota P. Sirinelli. En España, la plataforma *YouTube* en la SAP Madrid, Sección 28ª, n° 11/2014 de 14 de enero de 2014, *YouTube yTelecinco*.

<sup>963</sup>STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asunto C-236/08, *Google France y Google Inc. y Louis Vuitton Malletier*; asunto C-237/08, *Viaticum SA, Luteciel SARL*; asunto C-238/08 *CNRRH SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL*; D. 2010, p. 885, obs. C. Manara; *ibid.*, p. 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy; *ibid.*, 2011, p. 908, obs. S. Durrande; *RTD eur.* 2010, p. 939, chron. E. Treppoz.; *CCE* 2010, Comm. 88, nota Stoffel-Munck; *JCP G*2010. 642, nota L. Marino.

<sup>964</sup>STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C- 324/09, *L'Oréal SA, Lancôme Parfums, Laboratoires Garnier y L'Oréal UK y eBay International, eBay Europe, eBay UK c: D.* 2011 p. 1965, nota C. Manara; *CCE* 2011, Comm. 99, nota Ch. Caron; *JCP E* 2011, p. 509, nota Caron; *Prop. ind.* 2011, Comm. 71, nota Folliard-Monguiral; *RLDI* 2011/74, n°2444, nota L. Costes y n° 2460, obs. C. Castets-Renard.

La primera de estas condiciones exige que “el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito” (art. 14.1 a)). En consecuencia, el régimen de irresponsabilidad condicionada de los prestadores de servicios de alojamiento se encuentra basado en la ignorancia del carácter ilícito contenido albergado. Por este motivo, una segunda condición para conservar el beneficio de la exoneración de responsabilidad es que, tan pronto como el prestador de servicios tenga conocimiento de la ilicitud, “actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible” (art. 14.1 b)).

El principal elemento en la configuración de la exención de responsabilidad que recoge el artículo 14 de la Directiva recae, en definitiva, en la ausencia de “conocimiento efectivo”, noción que carece de definición legal<sup>965</sup>, y cuya determinación ha quedado en manos de la jurisprudencia<sup>966</sup>.

**483.** Este régimen de exoneración de responsabilidad se completa con una cláusula de cierre, contenida en el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, y que declara la inexistencia de una obligación general de vigilancia en favor de los prestadores de servicios intermediarios. Ello supone la prohibición de imponer a estos actores una “obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen”, así como la “obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas”. La presencia de esta cláusula ha condicionado de manera importante la interpretación de la noción de conocimiento efectivo. En la práctica, ha llevado a la consideración de que dicho conocimiento efectivo del carácter ilícito de un contenido protegido por el derecho de autor dependerá, en la mayoría de los casos, de la información proporcionada por el perjudicado, si bien no cabe excluir otras

---

<sup>965</sup> El artículo 16 de la LSSI española, en su apartado 1 b) establece que “se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”. Esta definición no despeja todas las incógnitas, por cuanto utiliza la fórmula abstracta “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

<sup>966</sup> *Vid. infra* n° 488.

modalidades<sup>967</sup>. A estos fines, la Directiva 2000/31/CE deja a los Estados Miembros la posibilidad de prever en su legislación un procedimiento de notificación<sup>968</sup>.

**484.** La Directiva sobre el comercio electrónico tampoco aporta ninguna precisión acerca de lo que ha de entenderse por “pronta retirada”. La jurisprudencia parece, no obstante, mostrarse exigente con respecto a esta obligación. Así, en una sentencia de 4 de febrero de 2011, la *Cour d’appel* de París, tras haber reconocido la aplicación del estatus de prestador de servicios de alojamiento de datos al motor de búsqueda de imágenes *Google Images*, estimó que el plazo de dos semanas, tras el cual la sociedad *Google* procedió finalmente a la retirada del contenido señalado como infractor, no satisfacía a la exigencia de pronta retirada<sup>969</sup>. En el mismo sentido, por medio de la Sentencia de 2 de diciembre de 2014, la *Cour d’appel* de París condenó a *Dailymotion* al pago de más de 1,2 millones de euros por daños y perjuicios a las sociedades del grupo *TF1* al no haber retirado con prontitud los vídeos de la plataforma tras las notificaciones de difusión ilícita de sus programas. En concreto, ciertos vídeos habían permanecido en línea más de tres meses desde la notificación, mientras que otros habían sido retirados en un plazo comprendido entre cinco y siete días (fin de semana incluido). En ambos casos, la *Cour d’appel* estima que la plataforma ha incumplido sus obligaciones<sup>970</sup>. Por su parte, el TGI de París consideró que *YouTube* no reaccionó con la prontitud requerida al actuar en un plazo de cinco días<sup>971</sup>.

**485.** A pesar de la severidad con la que los jueces han interpretado la obligación de pronta retirada, el régimen de responsabilidad atenuada previsto en beneficio de los prestadores de alojamiento de datos presenta unas ventajas indiscutibles para quienes puedan acogerse al mismo. Se explica así que numerosos actores de Internet que operan dentro del contexto de la Web 2.0, han tratado de reivindicar su beneficio, dando así

---

<sup>967</sup> En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia *L’Oreal y eBay* de 12 de julio de 2011 afirma, en el apartado 121, que “para que las disposiciones contenidas en el artículo 14, apartado 1, letra a) de la Directiva 2000/31 no queden privadas de su efecto útil, deben interpretarse en el sentido de que contemplan cualquier situación en la que el prestatario en cuestión adquiera conocimiento, de una forma o de otra, de tales hechos o circunstancias”.

<sup>968</sup> La legislación francesa ha incorporado dicho procedimiento de notificación en el art. 6.I.5 LCEN.

<sup>969</sup> CA Paris, Pôle 5, Ch. 2, de 4 de febrero de 2011, n° 09/21941, *Google France, Aufeminin.com et autres*: JurisData: 2011-004802; *Légipresse* 2011, p. 209.

<sup>970</sup> CA Paris, Pôle 5, ch. 1, de 2 de diciembre de 2014, n° 13/08052, *TF1 et a. y Dailymotion et a.*: JurisData n° 2014-029711; *Gaz. Pal.* 5 mars 2015, n° 64, p. 20, nota L. Marino; *JCP E* 2015, 1165, nota J.-B. Belin y L. Contassot-Vivier.

<sup>971</sup> TGI Paris, 3e ch., 1<sup>re</sup> sect., de 29 de mayo de 2012, *TF1 et a. y YouTube*.

lugar a una interpretación extensiva e, incluso, desmesurada de la categoría de prestación de servicios de alojamiento.

## **B. La extensión injustificada del régimen de exoneración de responsabilidad a determinados actores de la web 2.0**

**486.** El régimen de exoneración de responsabilidad reconocido en beneficio de los prestadores de servicios de alojamiento de datos por la Directiva sobre el comercio electrónico ha sido ampliamente reivindicado por los nuevos actores de la Web 2.0. Estos servicios tienen en común el hecho de ofrecer a sus usuarios una infraestructura que les permite subir a la red contenidos de diverso tipo. Reagrupadas bajo el término genérico de plataformas *user-generated-content* (UGC) o *user-uploaded-content* (UUC), proponen diferentes servicios cuya incidencia sobre el derecho de autor y los derechos conexos es variable<sup>972</sup>.

**487.** En general, la jurisprudencia se ha mostrado favorable a la aplicación de régimen de irresponsabilidad condicionada de los prestadores de servicios de alojamiento en beneficio de este tipo de plataformas, cuyo modelo de negocio depende intrínsecamente del número y del atractivo de los contenidos alojados<sup>973</sup>. La categoría de prestador de servicios de alojamiento ha sido así interpretada de forma muy extensiva. Tras un análisis de los criterios manejados por la jurisprudencia (1), estudiaremos las consecuencias que ello ha conllevado en relación con respecto al derecho de autor (2).

### ***1. Los criterios manejados por la jurisprudencia***

**488.** El artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico vincula la responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento de datos a la necesidad de que éste tenga “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los mismos. Los contornos y alcance

---

<sup>972</sup> Son plataformas de tipo colaborativo o contributivo las redes sociales, las plataformas que permiten compartir contenidos de naturaleza audiovisual, los foros de discusión, las páginas web de subastas, los *wikis*, etc.

<sup>973</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 4ª ed., 2011, p. 239-240.

de esta noción, carente de definición en el texto de la Directiva, han tratado de ser afinados por la jurisprudencia.

**489.** En este sentido, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse acerca del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento en dos importantes Sentencias relativas al empleo no autorizado de nombres de marcas comerciales. El primero de los asuntos sometidos a la apreciación del TJUE versaba sobre la calificación del servicio remunerado de referenciación en Internet *Google Adwords*. Esta funcionalidad permite a los anunciantes redactar mensajes publicitarios, y seleccionar una serie de palabras clave que se correspondan con los términos habitualmente introducidos por el internauta en un motor de búsqueda. En caso de coincidencia, la página de resultados muestra un enlace comercial que conduce al sitio web del anunciante. Si bien las palabras clave son escogidas por los clientes del prestador del servicio, *Google* las acepta y las almacena, razón por la cual la entidad fue demandada por los titulares de ciertas marcas comerciales. El razonamiento del TJUE, en su Sentencia de 23 de marzo de 2010<sup>974</sup>, se apoya en el cuadragésimo segundo considerando de la Directiva 2000/31, según el cual las exenciones de responsabilidad establecidas en dicha Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza “meramente técnica, automática y pasiva”. Ello implica *per se* que el prestador “no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”. En consecuencia, el Tribunal considera que, para comprobar si la responsabilidad del prestador del servicio de referenciación podría verse limitada con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2000/31, es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro<sup>975</sup>.

En lo que al servicio *Adwords* se refiere, el TJUE estima que *Google* procede a un tratamiento automatizado de los datos introducidos por los anunciantes, del cual resulta la aparición en pantalla de anuncios en condiciones que *Google* controla. De este modo, *Google* determina el orden de aparición, que depende, en particular, de la cantidad pagada por los anunciantes. A continuación, enumera dos circunstancias de las que no puede deducirse que *Google* tenga conocimiento o control de los datos introducidos en su sistema por los anunciantes. Tal es el hecho de que el servicio de referenciación sea

---

<sup>974</sup> STJUE 23 de marzo de 2010, *Google Adwords*, anteriormente citada.

<sup>975</sup> Apartados n° 113 y 114 de la STJUE 23 de marzo de 2010, *Google Adwords* de anteriormente citada.

remunerado, o de la concordancia entre la palabra clave seleccionada y el término de búsqueda introducido por un internauta. Sin embargo, sí es pertinente, el papel que desempeña *Google* en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional, así como en el establecimiento o la selección de palabras clave. El TJUE concluye afirmando que el órgano jurisdiccional nacional, es el mejor situado para determinar el modo concreto en que se presta el servicio controvertido y apreciar, conforme a estas pautas, si el papel que desempeña *Google* en ese contexto es efectivamente de carácter neutro<sup>976</sup>.

**490.** Esta equiparación entre el carácter pasivo del prestador de servicios y la ausencia de conocimiento efectivo se prosigue en el asunto *L'Oréal c/ eBay*. En su Sentencia de 12 de julio de 2011<sup>977</sup>, el TJUE considera que un servicio en Internet que consiste en facilitar el contacto entre vendedores y compradores de productos tiene, en principio, la consideración de un servicio en el sentido de la Directiva 2000/31/CE. Tampoco se discute que *eBay* almacena en la memoria de su servidor datos facilitados por sus clientes, y a cambio, percibe una remuneración consistente en un porcentaje de las operaciones realizadas a partir de dichas ofertas de venta. El Tribunal de Justicia señala a continuación que, para que el prestador de un servicio en Internet quede comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la Directiva 2000/31, es esencial que sea un “prestador intermediario”. Siguiendo lo apuntado en la STJUE *Google Adwords*, afirma que no es este el caso cuando el prestador del servicio, en lugar de limitarse a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, desempeña un “papel activo” que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos. En este sentido, el mero hecho de que el operador almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no son circunstancias que permitan justificar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31. No ocurre lo mismo con el tratamiento que *eBay* realiza de los datos introducidos por sus clientes vendedores, a los cuales presta además asistencia para optimizar o promover determinadas ofertas de venta. En este caso, el TJUE estima que cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los

---

<sup>976</sup> Apartados nº 115 a 119 de la STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google Adwords*, anteriormente citada.

<sup>977</sup> STJUE de 12 de julio de 2011, *L'Oréal y eBay*, anteriormente citada.

potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. Tal operador no puede, en consecuencia, acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31<sup>978</sup>.

**491.** Ambas Sentencias del TJUE establecen unas pautas o indicios sobre la actividad del prestador de servicios que permitirían su salida del régimen de exención de responsabilidad. Y si bien esta jurisprudencia ha orientado algunas de las decisiones posteriores de los Tribunales nacionales, no parece que éstos se hayan arriesgado a sacar el máximo partido de las mismas, lo cual habría conducido a una aplicación mucho más severa del régimen establecido en el artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico. Con todo, la jurisprudencia del TJUE no queda desprovista de ciertas ambigüedades. Todo depende, en definitiva, de aquello en que se focalice el juez. La decisión puede variar dependiendo de si la atención se fija en aquello que realizan estas plataformas (labores destinadas a mejorar la presentación de los contenidos, puesta a disposición de un motor de búsqueda, etc.), o si, por el contrario, el cursor se sitúa más bien en aquello que las mismas no realizan: principalmente, la selección de los contenidos. La demarcación de la frontera entre la actividad y la pasividad, en un contexto no sólo en que los contenidos son cargados por los usuarios, sino en el que predominan la automaticidad y la tecnicidad, se revela así una tarea compleja. Es igualmente complicado establecer la frontera entre lo que es necesario para la correcta o normal prestación del servicio, y lo que supone una verdadera optimización de la presentación de los contenidos que en el mismo circulan. ¿Cuáles son, en definitiva, los parámetros a tener en cuenta? Ante estos interrogantes, la jurisprudencia posterior se ha decantado, en gran medida, por una interpretación del artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico – y de las disposiciones que lo transponen en los derechos internos – favorable a los prestadores de servicios.

**492.** En líneas generales, los jueces han razonado contraponiendo la categoría de proveedor de un servicio de intermediación a la de editor o proveedor de contenidos<sup>979</sup>,

---

<sup>978</sup> Apartados nº 109 a 123 de la STJUE de 12 de julio de 2011, *L'Oréal y eBay*, anteriormente citada.

<sup>979</sup> El propio artículo 6 de la LCEN, en su apartado III.1 se refiere a “*las personas cuya actividad es la de editar un servicio de comunicación en línea*”. Puesto que la cualificación de editor implica un dominio efectivo de los contenidos puestos en línea, estos sujetos no son beneficiarios de las exenciones de responsabilidad previstas en favor de los servicios de mero transporte de datos y acceso a internet, copia caché y alojamiento de datos. Esta es la razón por la cual las plataformas contributivas han reivindicado la

es decir, diferenciando la actividad de alojamiento de datos de la actividad editorial. La ausencia de selección de los contenidos por parte de la plataforma colaborativa, impide retener la calificación de editor, conduciendo así la aplicación por defecto del régimen de exoneración de responsabilidad previsto en beneficio de las actividades de alojamiento de datos<sup>980</sup>. Por lo general, los jueces no se han detenido en exceso en el análisis de las actuaciones que este tipo de plataformas realizan sobre los contenidos a los que dan acceso. Esta interpretación amplia de la categoría de prestador de servicios de alojamiento se apoya, igualmente, en la prohibición de establecer una obligación general de supervisión, establecida en el artículo 15 de la Directiva sobre el comercio electrónico. El análisis de la jurisprudencia, tanto francesa como española, demuestra la ineficacia del derecho exclusivo resultante de un régimen de exoneración de responsabilidad concedido muy generosamente a las plataformas colaborativas.

**493.** Por cuanto se refiere al Derecho francés, tras un primer movimiento de severidad, los jueces de primera instancia y de apelación (*juges du fond*) procedieron rápidamente al reconocimiento de la calificación de prestadores de servicios de alojamiento a las páginas web o plataformas de tipo colaborativo, por cuanto los contenidos son proporcionados por los usuarios y el operador no ostenta ninguna capacidad de acción sobre los mismos<sup>981</sup>. Llamada a pronunciarse por primera vez, la *Cour de cassation*, en su Sentencia *Tiscali* de 14 de enero de 2010<sup>982</sup>, consideró, sin embargo, que los servicios proporcionados por una sociedad que ofrecía al internauta la posibilidad de crear páginas personales a través de su sitio web y proponía a los anunciantes establecer directamente en dichas páginas, espacios publicitarios de pago de cuya gestión se ocupaba, excedía de “las simples funciones técnicas de almacenamiento” y no podían, en consecuencia, acogerse al régimen derogatorio

---

calificación como proveedoras de servicios de alojamiento de datos, en detrimento de la categoría de editor.

<sup>980</sup> La jurisprudencia considera que, en tales casos, el intermediario que explota una plataforma que permite a los usuarios cargar contenidos en línea y ponerlos a disposición de otros sería necesariamente “pasivo”, en el sentido inferido del considerando nº 42 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.

<sup>981</sup> CA Paris, de 16 de septiembre de 2009: *Propri. intell.* 2010, p. 635, nota A. Lucas; CA Paris, Pôle 5, ch. 1, de 14 de abril de 2010: *JurisData* nº 2010-007805; *CCE* 2010, comm. 74, obs. A. Debet; CA Paris, Pôle 5, ch. 1, de 13 de octubre de 2010: *CCE* 2010, comm. 124, obs. A. Debet.

<sup>982</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, de 14 de enero de 2010, nº 06-18.855, *Tiscali média y Dargaud Lombard et autres*; *D.* 2010, p. 260, obs. C. Manara; *ibid.*, p. 837, point de vue L. Thoumyre; *ibid.*, p. 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy; *ibid.* p. 2011. 2164, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2010, p. 307, obs. F. Pollaud-Dulian; *Propri. intell.* 2010, nº 35, p. 725, nota J.-M. Bruguière; *RIDA* 2010, nº 223, p. 417, nota P. Sirinelli; *JCP G* 2010, act. 112, E. Derieux; *CCE* 2010, comm. 25, nota Ph. Stoffel-Munck; *Legipresse* 2010, III, p. 39, obs. J. Huet.



correspondiente. Esta decisión se apoyaba fundamentalmente en el carácter lucrativo de la página web en cuestión, y se oponía frontalmente a la tendencia de la mayoría de los *juges du fond*. Tras esta decisión, aislada, la *Cour de cassation* ha venido aplicando el régimen de irresponsabilidad condicionada establecido en la Directiva sobre el comercio electrónico a los sitios web que permiten compartir vídeos como *YouTube*<sup>983</sup>.

Ilustrativa de este cambio de orientación de la jurisprudencia de la *Cour de cassation* es la Sentencia de 11 de febrero de 2011, en el asunto *Dailymotion*<sup>984</sup>. En consonancia con la tendencia mayoritaria de los *juges du fond*, la *Cour de cassation* estimó en este caso que “la recodificación, realizada con el fin asegurar la compatibilidad del vídeo con la interfaz de visualización, así como el hecho de proporcionar un formato destinado a optimizar la capacidad de integración del servidor imponiendo un límite al tamaño de los archivos subidos, son operaciones técnicas que no inducen para nada una selección por parte de este último de los contenidos puestos en línea; que la instalación de marcos de presentación y la puesta a disposición de herramientas de clasificación de los contenidos se justifican por la simple necesidad, una vez más en coherencia con la función técnica, de racionalizar la organización del servicio y facilitar el acceso al usuario sin que por ello se le solicite elección alguna en cuanto al contenido que pone en línea; que añade que la explotación del sitio web por la comercialización de espacios publicitarios no induce una capacidad de acción del servicio sobre los contenidos puestos en línea; que del conjunto de estos elementos la cour d’appel ha deducido con exactitud que la sociedad *Dailymotion* quedaba legitimada para reivindicar el estatus de intermediario técnico en el sentido del artículo 6-I-2 de la Ley de 21 de junio de 2004”.

---

<sup>983</sup> Sin embargo, la *Cour de cassation* ha seguido una línea opuesta con respecto a las páginas de subastas en línea como *eBay*. En su Sentencia de 3 de mayo de 2012, la Casación francesa confirmó la decisión de la *cour d’appel* que había considerado que la sociedad *eBay* no ejercía una actividad de simple alojamiento, sino que había desempeñado un papel activo que le permitía adquirir el conocimiento o el control de los datos que almacenaba. En particular, esta sociedad proporcionaba al conjunto de sus vendedores información que les permitía optimizar sus ventas. Asimismo, les prestaba asistencia en la definición y la descripción de los objetos ofertados, y les ofrecía la posibilidad de crear un espacio personalizado para la puesta en venta, o contar con un asistente de ventas. Además, la sociedad enviaba mensajes espontáneos a los compradores, incitándoles a adquirir los productos ofertados. La influencia de la STJUE *L’Oréal y eBay* de 12 de julio de 2011 en lo que se refiere al análisis del papel activo de la plataforma al que procede la Corte de Casación francesa en este asunto es, en suma, evidente (Cas. Com. 3 mai 2012, n° 11-10.508, *D.* 2012, p. 1261, obs. C. Manara; *ibid.*, p. 1684, point de vue L. Mauger-Vielpeau; *ibid.*, p. 2331, obs. L. d’Avout y S. Bollée; *ibid.*, p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc y P. Tréfigny; *ibid.*, p. 2836, obs. P. Sirinelli; *ibid.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke; *ibid.* 2014, p. 326, obs. J.-P. Clavier, N. Martial-Braz y C. Zolynski; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 192, nota J. Knetsch).

<sup>984</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, de 17 de febrero de 2011, n° 09-67.896, *Nord-Ouest production y Dailymotion*, *D.* 2011, p. 1113, obs. C. Manara, nota L. Grynbaum; *ibid.*, p. 2164, obs. P. Sirinelli; *ibid.*, p. 2363, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc y P. Tréfigny-Goy; *RTD com.* 2011, p. 351, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* 2011, comm. 32, nota Ch. Caron; *JCP G* 2011, p. 863, nota A. Debet.

La *Cour de cassation* pone así el acento en la ausencia de control “intelectual”<sup>985</sup>. La presencia de elementos de clasificación de los contenidos, tales como las rúbricas “música”, “cine” o “televisión” quedan justificadas por la necesidad de racionalizar la organización del servicio y de facilitar el acceso del usuario<sup>986</sup>. Y puesto que estas acciones no inducen una elección del contenido que la plataforma pone a disposición, la Corte de Casación considera que cabe aplicarle el régimen jurídico previsto para los prestadores de servicios de alojamiento<sup>987</sup>. Es, sin embargo, posible apreciar aquí una cierta influencia de la STJUE *Google Adwords* – dictada pocos meses antes de la Sentencia *Dailymotion* – tanto en lo que se refiere al análisis del papel desempeñado por la plataforma (activo o pasivo)<sup>988</sup>, como sobre la indiferencia del carácter oneroso de la publicidad<sup>989</sup>. Con todo, el criterio determinante para la Corte de Casación francesa es que, en ausencia de elección de los contenidos puestos en línea, ha de aplicarse el régimen de prestador de servicios de alojamiento. Un razonamiento que no es del todo acertado, puesto que una página web que no se comporta como un editor, no es necesariamente un prestador de servicios de alojamiento. E inversamente, un sitio web que no es prestador de servicios de alojamiento no tiene por qué ser considerado como editor<sup>990</sup>.

<sup>985</sup> L. MARINO, “Internet. Le fabuleux destin de la responsabilité des hébergeurs (à propos des arrêts Dailymotion et autres: Cas. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2011”, *Responsabilité civile et assurances* n° 6, Juin 2011, étude 8.

<sup>986</sup> Criticando este punto de vista, L. GRYNBAUM apunta que una empresa como *Dailymotion* que elige la naturaleza de los contenidos que va a alojar (música y películas principalmente), y organiza su presentación ganar en popularidad, no actúa en calidad de prestador de servicios de alojamiento. Su propósito es alcanzar su propio objetivo: atraer a los internautas mediante la presencia de películas y de música. Sólo cuando el objeto de la actividad es neutro y que su identificación se difumina detrás de la variedad de los contenidos a los que da acceso estamos ante un auténtico prestador de servicios de alojamiento. En otras palabras, el autor apunta a que una plataforma como *Dailymotion* no permanece al margen de lo que en ella circula, y desempeña un papel activo (L. GRYNBAUM, “Dailymotion: une immunité imméritée”, *D.* 2011, p. 1113).

<sup>987</sup> Criticando esta posición, J.-A. BÉNAZÉRAF considera que hubiera podido esperarse de los tribunales una aplicación a los sitios contributivos del régimen de responsabilidad de los prestadores de alojamiento no por contraposición a los editores de contenidos, sino comparándolos a los prestadores de mero almacenamiento. Más allá del mero almacenamiento, este tipo de plataformas efectúa múltiples intervenciones sobre la presentación o la facilitación del acceso a los contenidos subidos por los usuarios. Y ello sin olvidar que, con su actividad, hacen que dichos contenidos sean accesibles al público (J.-A. BÉNAZÉRAF, “Qualification et responsabilité des sites contributifs”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 173).

<sup>988</sup> A. DEBET, “Affaire *Dailymotion*: les sites de partage de vidéos sont des hébergeurs”, *JCP G* 2011, p. 863 y s., en p. 856. La autora explica que el cambio de orientación jurisprudencial obedece a un cúmulo de circunstancias como la entrada en vigor de la nueva LCEN, con una definición ligeramente diferente del prestador de servicios de alojamiento de datos; el cambio en la composición de la jurisdicción, o el pronunciamiento de la STJUE *Google Adwords*, todos ellos con una importancia discutible.

<sup>989</sup> L. MARINO, “Internet. Le fabuleux destin de la responsabilité des hébergeurs...”, *op. cit.*

<sup>990</sup> T. AZZI, “La responsabilité des nouvelles plates-formes: éditeurs, hébergeurs ou une autre voie?”, in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d’auteur sur le web 2.0*, Litec, Paris, 2009, p. 71.

Como excepción que confirma la regla, una decisión del *Tribunal de Grande Instance* concluyó afirmando que la plataforma *Rojadirecta*, servicio que retransmitía competiciones deportivas en directo desempeñaba un papel activo. El sitio web demandado no alojaba ningún archivo, sino que establecía enlaces utilizando la técnica del *framing* o transclusión. Tales enlaces eran supuestamente facilitados por los usuarios. Para rechazar la calificación de prestador de servicios de alojamiento, el TGI de París, en su Sentencia de 19 de marzo de 2015, señala que esta plataforma no puede ser asimilada a sitios web como *YouTube*, que han podido beneficiarse del reconocimiento del estatus de alojador, y cuya actividad consiste ofrecer un espacio en el que los usuarios pueden poner en línea y compartir todo tipo de contenidos sin distinción. Por el contrario, la web *Rojadirecta* organiza de forma intencionada y a título principal una elección editorial sobre un tema preciso, a saber, competiciones deportivas de actualidad, en temas específicos<sup>991</sup>. De esta forma, permite al conjunto del público acceder fácilmente y de forma gratuita a contenidos protegidos y reservados a un público restringido.

**494.** Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, los criterios empleados fueron, en un principio, muy similares a los de los tribunales franceses. Destaca en este ámbito la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 2014 en el asunto *Telecinco c/ YouTube*<sup>992</sup>. La plataforma *YouTube* fue demandada por la utilización o difusión en su sitio web de emisiones y grabaciones audiovisuales sobre las que *Telecinco* ostentaba los derechos de propiedad intelectual. La parte demandante trataba de fundamentar sus pretensiones alegando, a título principal, que los servicios que desarrolla *YouTube* a través de su sitio web son los propios de un proveedor de contenidos, en tanto en cuanto realiza actos de reproducción y de puesta a disposición. La demandada debería, en consecuencia, ser considerada como responsable directa de estos actos de explotación no consentidos. En caso de no ver acogidas favorablemente sus pretensiones, la parte demandante solicitaba, de forma subsidiaria, la declaración de

---

<sup>991</sup> TGI París, 5<sup>o</sup> ch., 2<sup>o</sup> sect., de 19 de marzo de 2015, n<sup>o</sup> 14/16629, *La Ligue de Football Professionnel y Puerto 80 Projects, S.L.U. v. D.* 2015, p. 2214, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc y P. Tréfigny; CCE 2015, Comm. 42, obs. G. Loiseau. En concreto, la decisión del TGI de París aprecia el papel activo del prestador de servicios tras observar que el mismo establece un listado, almacena, organiza y propone, con una presentación pertinente, a la vez cronológica y por tipos de deporte, asociada a un motor de búsqueda, enlaces supuestamente enviados por terceros y que permiten ver en directo competiciones deportivas de actualidad. De esta forma, ejerce un control y un dominio editorial sobre los contenidos, con la finalidad determinada de permitir visualizar en directo estas competiciones, normalmente reservadas a públicos restringido de abonados a los canales y sitios web a los cuales los derechos de difusión han sido vendidos.

<sup>992</sup> SAP Madrid, Sección 28<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 11/2014 de 14 de enero de 2014, *YouTube y Telecinco*.

que *YouTube* presta un servicio de alojamiento de datos, pero tiene conocimiento efectivo (es decir, se trata de un prestador de servicios activo) y, en consecuencia, no podría beneficiarse de la exención de responsabilidad prevista en el art. 16 de la Ley 34/2002. Desestimada en primera instancia, *Telecinco* interpuso recurso de apelación. En su Sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid considera que la actividad que *YouTube* desarrolla a través de su sitio web no se corresponde con la de un proveedor de contenidos. Esta decisión se basa en el proceso que han de seguir los destinatarios del servicio para la subida de vídeos a la web de *YouTube*, así como en la existencia de procedimientos y mecanismos establecidos por la demandada para la retirada de contenidos ilícitos. En consecuencia, concluye que el servicio que presta *YouTube* es un servicio de intermediación, en los términos definidos en la Ley 34/2002. Dicho de otro modo, dado que son los usuarios los que realizan la subida de vídeos a la web de vídeos a la web de *YouTube* y que, por tanto, éste no interviene en la selección de contenidos que circulan en su servicio, ello conduce automáticamente a aplicar la categoría de prestador de servicios de alojamiento.

La Audiencia Provincial examina, seguidamente, si *YouTube* desempeña un papel activo que justifique la inaplicación del régimen de exoneración de responsabilidad propio de la actividad de alojamiento de datos, siguiendo los argumentos invocados por *Telecinco*. Todos estos argumentos son rechazados por la Audiencia Provincial, cuya tesis se apoya, en algunos puntos de la STJUE *L'Oréal*<sup>993</sup>. En primer lugar, *Telecinco* trata de justificar el carácter activo de *YouTube* en base a los acuerdos concluidos por este prestador de servicios con determinadas entidades de gestión. Sin embargo, la Audiencia Provincial considera que la obtención de licencias globales de las entidades de gestión no entraña, de modo alguno, la adquisición de conocimiento o control por parte de *YouTube* sobre los contenidos almacenados en su servidor.

En segundo lugar, *Telecinco* argumenta que *YouTube* desempeña un papel activo al establecer una política de contenidos que se impone a los usuarios. Para la Audiencia Provincial, este es un elemento inherente a la naturaleza de los servicios ofertados. Su decisión sigue, en este punto, lo establecido en el apartado nº 115 de la STJUE *L'Oréal*, el cual afirma que la determinación de las condiciones del servicio no es factor que

---

<sup>993</sup> STJUE de 12 de julio de 2011, *L'Oréal y eBay*, anteriormente citada.

determine la exclusión del régimen de responsabilidad previsto para los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

En tercer lugar, *Telecinco* apoya sus pretensiones en la labor de catalogación de “vídeos destacados” efectuada por *YouTube*, circunstancia que, para la Audiencia Provincial, no basta para que deje de entrar en juego la exoneración de responsabilidad prevista en la Ley 34/2002, puesto que, “de las condiciones en las que la misma se desarrolla, se desprende un alto grado de predeterminación por parte de los usuarios del sistema”. Ello permite cuestionar la atribución a *YouTube* de un rol proactivo a partir de tales tareas y, en todo caso, el ámbito de dicha actuación se circunscribiría a un número muy limitado de contenidos. A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial estima que la índole de tales labores no resiste la menor comparación con las que fueron objeto de consideración en las STJUE *Google Adwords* y *L’Oréal*.

La Audiencia Provincial afirma, por último, que el “conocimiento efectivo” ha de acreditarse pormenorizadamente, sin que basten a tal fin meras sospechas o indicios, para lo cual es necesaria la cooperación del perjudicado. Ello exige la puesta en conocimiento “de forma individualizada y concreta”, puesto que la Ley declara la ausencia de una obligación de monitorización o de control de carácter previo. En consecuencia, ni las comunicaciones que ponen de manifiesto la política de *Telecinco* de no conceder licencia alguna sobre sus programas, ni las reclamaciones en relación con la utilización masiva de las emisiones de *Telecinco*, ni las advertencias de corte genérico relativas a la puesta a disposición suponen indicadores válidos a estos efectos. En este punto, el razonamiento de la Audiencia Provincial se apoya en el apartado nº 122 de la STJUE *L’Oréal c/eBay*<sup>994</sup>. Tampoco cabría atribuir tal significación al hecho de que en todos los contenidos emitidos por *Telecinco* figure la “mosca” con el logotipo de la empresa. Las notificaciones de carácter general y la presencia de la “mosca” como

---

<sup>994</sup> Apartado nº 122 de la STJUE de 12 de julio de 2011, *L’Oréal y eBay* anteriormente citada: “Así pues, encajan en este supuesto, en particular, tanto la hipótesis de que el operador de un mercado electrónico descubra la existencia de una actividad o información ilícitas como consecuencia de una investigación realizada por su propia iniciativa como la hipótesis de que le sea notificada la existencia de este tipo de actividad o información. En el segundo caso, si bien es cierto que el hecho de que se realice una notificación no determina automáticamente que el operador pierda la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, puesto que la notificación de la existencia de actividades o informaciones supuestamente ilícitas puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundamentada, no es menos cierto que tal notificación constituye, como regla general, un elemento que el juez nacional debe tomar en consideración para apreciar, habida cuenta de la información que se ha comunicado de este modo al operador, si éste tenía realmente conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar ese carácter ilícito”.

elemento identificativo de archivos infractores conducirían a una supervisión general de los contenidos almacenados, o la realización de búsquedas activas de hechos o circunstancias indicativos de la ilicitud de aquellos.

**495.** Por lo tanto, al igual que los Tribunales franceses, los jueces españoles han otorgado una importancia excesiva al hecho de que el prestador de servicios no seleccione los contenidos, el ser éstos aportados por sus usuarios. Una reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña<sup>995</sup> permite, no obstante, apuntar a un posible cambio de tendencia. El caso versaba, como ya ocurrió en Francia, sobre la calificación jurídica de las actividades de la plataforma *Rojadirecta*. Confirmando la sentencia recaída en primera instancia, la Audiencia Provincial hace abstracción del hecho de que los enlaces que la misma proporcionaba para acceder a competiciones deportivas de actualidad eran facilitados por los usuarios. En lugar de ello, y apoyándose en la jurisprudencia previa del TJUE en materia de enlaces<sup>996</sup>, la Audiencia concluye que la plataforma efectúa un acto de comunicación pública por cuanto su actividad se dirige a un público nuevo. Esta circunstancia era particularmente sencilla de apreciar en el caso concreto, puesto que las emisiones deportivas a las que daban acceso estaban reservadas a un público de abonados. Por otra parte, la Audiencia pone el acento en el hecho de que sus administradores realizaban labores de gestión y catalogación de enlaces, y que los acontecimientos a los que ofrecían acceso estaban perfectamente determinados, de manera que la parte demandada no podía pretender que no tenía conocimiento efectivo de que a través de su operativa se estaban lesionando derechos de terceros.

**496.** A partir de todo lo anteriormente expuesto, y exceptuando alguna resolución judicial aislada reciente, podemos concluir que los tribunales franceses y españoles han realizado una interpretación amplia de la categoría de prestador de servicios de alojamiento, aplicándola generosamente a los supuestos de las plataformas que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea. De ello se derivan una serie de consecuencias con respecto al derecho de autor.

---

<sup>995</sup> SAP A Coruña (Sección 4ª) n° 433/2018 de 28 de diciembre de 2018, *Rojadirecta*.

<sup>996</sup> En particular, en las STJUE de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12, *Svensson*; STJUE de 8 de septiembre de 2018, asunto C-160/15, *GS Media*; STJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-527/15, *Filmspeler* y STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-610/15, *The Pirate Bay*.

## **2. Las consecuencias con respecto al derecho de autor**

**497.** Resumiendo lo que hasta ahora había venido entendiendo la jurisprudencia mayoritaria, las plataformas *user-generated content* o *user-uploaded content* no son, en principio, responsables de la ilicitud de los contenidos que alojan y difunden. En tanto en cuanto éstas no desempeñen un papel activo, su responsabilidad sólo puede ser declarada a partir del momento en que adquieran conocimiento de la ilicitud de los contenidos que almacenan y no adopten las medidas necesarias para suprimir o bloquear el acceso. La visión restrictiva de las nociones de “conocimiento efectivo” y de “papel activo” por parte de la jurisprudencia ha supuesto que, en la práctica, dicho conocimiento derive de una notificación del titular de derechos mediante la cual se solicita a la plataforma que retire el contenido litigioso. Sin embargo, estos procedimientos de notificación y retirada no permiten una protección efectiva del derecho de autor. Dichos procedimientos han supuesto el paso a una lógica de *opt-out* (a), que ha sido extendida a la reaparición de contenidos previamente señalados y retirados (b).

### **a. El paso a una lógica de *opt-out***

**498.** El régimen de exoneración de responsabilidad previsto para los prestadores de alojamiento queda vinculado a la ausencia de conocimiento efectivo. En defecto de papel activo por parte del prestador de servicios, circunstancia que la jurisprudencia ha interpretado de forma muy restrictiva, el conocimiento efectivo ha derivado, en la práctica, de una notificación por parte de los titulares de derechos. En la legislación francesa, dicha notificación debe reunir, además, los elementos de información previstos en el artículo 6.I.5 de la LCEN. En consecuencia, todo cuando puede hacer en estas circunstancias el titular de derechos es ejercitar su “derecho” de oposición o retirada, y esperar que los contenidos protegidos sean suprimidos de la circulación en el menor tiempo posible.

Esta circunstancia implica una inversión del paradigma tradicional del derecho de autor, basado en la posibilidad de hacer valer el derecho exclusivo *ex ante* y no *ex post*. La aplicación del régimen de exoneración de responsabilidad previsto en favor de los prestadores de servicios de alojamiento a las plataformas de la Web 2.0 ha

conducido *de facto* al paso de lógica de *opt-in* – que consiste en la obtención del consentimiento del titular de derechos con carácter previo a la explotación de sus obras y prestaciones – a una lógica de *opt-out*, en la que el derecho exclusivo es ejercitado *a posteriori*, es decir, una vez que el acto de explotación se está cometiendo, y por tanto, existe vulneración de tal derecho. Ciertamente la incapacidad de oponer el derecho exclusivo no es absoluta, pero su ejercicio no se realiza sino una vez que la infracción ya ha sido cometida.

**499.** Es cierto que, al menos las plataformas más populares, han instalado de forma voluntaria un sistema de gestión de las solicitudes de retirada de los contenidos que infringen el derecho de autor realizadas por los titulares de derechos (“*notice and take down*”), con el fin de simplificar y agilizar este proceso. Algunas de ellas permiten asimismo a los titulares de derechos optar por el mantenimiento del contenido en línea, y obtener una parte de los beneficios generados. Sin embargo, en el marco jurídico inmediatamente anterior a la adopción de la Directiva 2019/790, no existía ninguna disposición que obligase a las plataformas a proceder a un reparto de los beneficios percibidos, así como a asegurar la trazabilidad o transparencia de los flujos económicos correspondientes. En consecuencia, las disposiciones hasta ahora vigentes no permitían garantizar la protección efectiva del derecho de autor y los derechos conexos, ni la justa remuneración de los autores, editores, intérpretes y productores de contenidos protegidos<sup>997</sup>. Todo ello ha derivado de la incapacidad por parte de los titulares de derechos para negociar de forma equitativa los usos de sus obras efectuados por parte de este tipo de plataformas.

**500.** El problema de la ineficacia del derecho exclusivo se visto agravado por cuanto esta lógica emergente del *opt-out* se ha visto extendida a la reaparición en línea de los contenidos previamente señalados y retirados.

---

<sup>997</sup> *Mission d'étude sur les outils de reconnaissance des contenus protégés par le droit d'auteur sur les plateformes numériques. La protection du droit d'auteur sur les plateformes numériques: les outils existants, les bonnes pratiques et leurs limites*, Rapport CSPLA, diciembre de 2017, p. 8.



## **b. La reaparición en línea de contenidos previamente retirados**

**501.** Otra de las cuestiones que ha planteado dudas es si el régimen de exoneración de responsabilidad de los prestadores de alojamiento se aplica también a la puesta a disposición de un contenido previamente retirado, o si dichos prestadores deberían, de algún modo, proceder a una detección automática de la reaparición en línea de tales contenidos a petición de los titulares de derechos (principio del “*take down and stay down*”). El vacío legal existente en cuanto a este punto ha conducido a soluciones divergentes en los países del entorno europeo, situación que nos sitúa lejos de la armonización en principio deseada por el legislador de la Unión Europea.

**502.** En este sentido la *Cour de Cassation* francesa estimó que el artículo 15 de la Directiva se opone a la orden de instalar un dispositivo de identificación de contenidos que previamente hayan sido objeto de un procedimiento de notificación y retirada. En sus sentencias *Google Images*<sup>998</sup> y *Google Video*<sup>999</sup> de 12 de julio de 2012, estimó que tal exigencia equivaldría a someter a los prestadores de servicios de alojamiento a una obligación general de supervisión de las obras que almacenan, y de investigación de las puestas en línea ilícitas, así como a prescribirles de manera desproporcionada, en comparación con el objetivo perseguido, la instalación de un procedimiento de bloqueo sin límite de tiempo<sup>1000</sup>. En el mismo sentido, la *Cour d'appelation* de París ha juzgado que *YouTube*, considerado como prestador de servicios de alojamiento, no era

---

<sup>998</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, de 12 de julio de 2012, n° 11-15.165 y 11-15.188, *Au féminin* y *Google France*, D. 2012, p. 2075, obs. C. Castets-Renard; D. 2012, p. 2836, obs. P. Sirinelli; D. 2012. 2071, obs. Petit; RTD com. 2012, p. 771, obs. F. Polland-Dulian; CCE 2012. Comm. 91, nota Caron; JCP E 2012, p. 1627, nota J.-M. Bruguière; Propr. intell. 2012, n° 45, p. 416, obs. A. Lucas.

<sup>999</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2012, n° 11-13.666, *Google France* y *Bac Films (Les Dissimulateurs)* y Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2012, n° 11-13.669, *Google France* y *Bac Films (L'affaire Clearstream)*.

<sup>1000</sup> La *Cour de cassation* dice así su la Sentencia *Au féminin* y *Google France* de 12 de julio de 2012: “Que pronunciándose de esta manera, cuando la prevención y la interdicción impuestas a la sociedad *Aufeminin.com*, en calidad de prestador de servicios de alojamiento, y a las sociedades *Google*, en calidad de prestadoras de servicios de referenciamiento, para impedir toda nueva puesta en línea de la imagen infractora, sin que ni siquiera hayan sido informadas por otra notificación regular sin embargo requerida para que tengan efectivamente conocimiento de su carácter ilícito y queden obligadas a actuar con prontitud para retirar o hacer que el acceso sea imposible, conlleva someterlas, más allá de la sola facultad de ordenar una medida propia para prevenir o hacer cesar el daño ligado al contenido actual al sitio web en cuestión, a una obligación general de supervisión de las imágenes que almacenan y de búsqueda de las reproducciones ilícitas, y a prescribirles, de manera desproporcionada con respecto al objetivo perseguido, la instalación de un dispositivo de bloqueo sin limitación de tiempo, la Corte de Apelación a violado las disposiciones señaladas” (traducción propia).

responsable de la reaparición en línea de un contenido cuya supresión había sido requerida previamente<sup>1001</sup>.

**503.** Por el contrario, en Alemania, la jurisprudencia se ha mostrado favorable al principio del *stay down*. Así, en una sentencia de 1 de julio de 2015, la Corte de Apelación de Hamburgo, aún reconociendo a *YouTube* la calidad de prestador de servicios de alojamiento, le ha atribuido una responsabilidad indirecta en la puesta en línea de contenidos ilegales. Ello permite someterlo a órdenes destinadas a impedir la reaparición en línea, no sólo de los archivos que hayan sido objeto de retirada, sino de toda grabación que comprenda la misma obra<sup>1002</sup>.

**504.** En consecuencia, la interpretación de la legislación vigente por parte de la jurisprudencia de algunos países del entorno europeo, no sólo exonera a las plataformas contributivas de toda verificación previa de la licitud de los vídeos, fotos o textos que circulan en sus páginas web. En ciertos Estados miembros como es el caso de Francia, esto también ha impedido que las autoridades administrativas o judiciales puedan ordenar a dichas plataformas que adopten medidas para prevenir la reaparición de contenidos ilegales previamente retirados (“*stay down*”). Si cada puesta en línea efectuada posteriormente a la notificación inicial debe ser objeto de una nueva notificación – en el caso de Francia, respetando el formalismo tan estricto del artículo 6.I.5 LCEN – los titulares de derechos no conseguirán nunca el cese de la violación de derechos. Es más, en la práctica, no todos los titulares de derechos dispondrán de los recursos necesarios para operar una vigilancia permanente con el fin de detectar los contenidos ilícitos que figuran en Internet, así como solicitar su retirada<sup>1003</sup>. En este contexto, un pronunciamiento reciente del TJUE se ha mostrado favorable al principio del *notice and stay down* en un asunto relativo a la publicación en el perfil personal de un usuario de la red social *Facebook*, de una fotografía de una diputada austríaca acompañada de un comentario redactado en términos ofensivos y difamatorios<sup>1004</sup>. El Tribunal de Justicia estima así que el artículo 15.1 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico no se opone a que un Tribunal de un Estado miembro pueda

---

<sup>1001</sup> CA Paris, pôle 5, ch. 2, de 21 de junio de 2013, n° 11/09195, *RLDI* 2013/95, n° 3166, obs. L. Costes.

<sup>1002</sup> Oberlandesgericht Hamburg de 1 de julio de 2015 No. 5 U 87/12 (*Gema v YouTube*).

<sup>1003</sup> *Mission d'étude sur les outils de reconnaissance des contenus protégés par le droit d'auteur sur les plateformes numériques...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>1004</sup> STJUE (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019, asunto C- 18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek y Facebook Ireland Limited*: JurisData n° 2019-017043; *CCE* 2019, comm. 67, G. Loiseau; *RLDI* oct. 2019, n° 163, 5582, p. 32.

obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir o a bloquear el acceso a comentarios “idénticos”y, en ciertas condiciones, “equivalentes”a un comentario previamente declarado ilícito<sup>1005</sup>.

**505.** En definitiva, las disposiciones que reconocen la exoneración de la responsabilidad de los proveedores de servicios de alojamiento de datos han conducido, en general, a una amplia inmunidad de las plataformas que, por medio de la actividad de los usuarios, ponen a disposición obras y prestaciones protegidas. Como afirma M. VIVANT, a pesar de que el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE no establece un régimen de irresponsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento, insta un mecanismo que, en la práctica, los hace irresponsables. “La diferencia es aquí notable entre la *law in books* y la *law in action*”<sup>1006</sup>. En consecuencia, el efecto protector de la jurisprudencia ha provocado que estos prestadores de servicios consideren que no deben solicitar autorización a los titulares de derechos por la difusión que hacen de sus obras, ni tampoco redistribuir una parte de los beneficios realizados. A ello se suma la potencia económica de muchos de estos intermediarios, lo que hace aún más difícil entablar una verdadera negociación con los mismos<sup>1007</sup>. De la mala interpretación de las normas existentes, resulta una pérdida de eficacia del derecho exclusivo, y una importante captación del valor de las obras por parte de las plataformas colaborativas. Ello genera, además, importantes distorsiones de competencia, por cuanto este tipo de plataformas opera en un mercado prácticamente idéntico al de las plataformas que sí solicitan las autorizaciones necesarias para constituir su catálogo de obras<sup>1008</sup>. Este es el contexto en

---

<sup>1005</sup> En este sentido, el TJUE considera que la prohibición de imponer a los prestadores de servicios de alojamiento de datos una obligación general de vigilancia no excluye la posibilidad de imponer una obligación de supervisión en “casos específicos”. Tal caso específico puede tener su origen en una información precisa, almacenada por el prestador de servicios de alojamiento a instancia de un usuario determinado de su red social, y cuyo contenido ha sido apreciado por el tribunal competente de un Estado miembro que lo ha declarado ilícito. Dado que una red social facilita una transmisión rápida entre sus usuarios de la información almacenada, existe un riesgo real de que una información que ha sido declarada ilícita sea reproducida y compartida posteriormente por otro usuario de la red (apartados nº 34-36 de la STJUE de 3 de octubre de 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek yFacebook Ireland Limited* anteriormente citada).

<sup>1006</sup> M. VIVANT, “Une responsabilité *ad hoc* pour les sites de partage (Commentaire de l'article 17 de la directive)”, CCE oct. 2019, dossier 8, p. 1-6, en p. 1.

<sup>1007</sup> CSPLA, Rapport de la mission *Articulation des Directives 2000/31 et 2001/29*, P. Sirinelli, J.-A. Benazeraf y A. Bensamoun, 3 de novembre de 2015, p. 5.

<sup>1008</sup> Entre ellas, podemos citar los servicios de *streaming* legales como *Deezer*, *Netflix*, *Spotify*. En este sentido, el *Informe sobre las plataformas en línea y el mercado único digital* del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2017 (2016/2276 (INI)) señala, en su apartado nº 30, que pese a que en la actualidad se consumen más contenidos creativos que nunca en servicios como plataformas de contenidos cargados por usuarios y servicios de agregación de contenidos, el sector creativo no ha experimentado un aumento comparable de ingresos como resultado de este aumento del consumo; destaca que se considera que uno

el marco del cual la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos en el mercado único digital* ha tratado de introducir una solución a nivel europeo destinada a restaurar el desequilibrio existente en las relaciones entre los titulares de derechos de autor y las plataformas que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea.

## **§ 2. Las disposiciones introducidas en la Directiva sobre los derechos de autor en el Mercado Único Digital**

**506.** La evolución de los usos de la tecnología digital ha conducido a interrogarse sobre la calificación jurídica de algunos sitios web. La dificultad deriva principalmente del hecho de que algunos textos legales – y principalmente la Directiva sobre el comercio electrónico – fueron concebidos antes de la aparición de la Web 2.0, es decir, antes de la mutación de Internet que ha otorgado al internauta un papel central dentro del sistema, permitiéndole generar, modificar o subir contenidos de diversa índole<sup>1009</sup>. Como afirma M. ORTEGO RUIZ, “el problema que plantean los nuevos modelos de negocio en la Web 2.0 es que los prestadores ejercen una amalgama de actividades cuyos límites entre unas y otras actividades son tan estrechos que la determinación como prestador de servicios de intermediación o bien como proveedor de contenidos del prestador se delimita por una arista extremadamente fina y difusa que separa una y otra faceta. En cualquier momento un intermediario puede convertirse en proveedor de contenidos por las actividades que lleve a cabo el mismo o por la actividad que realizan sus propios usuarios y, por tanto, no podría acogerse a la exoneración de responsabilidad de los primeros”<sup>1010</sup>.

---

de los principales motivos es la transferencia de valor que ha conllevado la falta de claridad sobre el estatuto de estos servicios en línea con arreglo a la legislación en materia de derechos de autor y comercio electrónico; insiste en que se ha creado un mercado desleal que representa una amenaza para el desarrollo del mercado único digital y de sus principales actores, a saber, las industrias culturales y creativas”.

<sup>1009</sup> En efecto, el dispositivo jurídico reconocido por la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico fue pensado para un contexto tecnológico diferente: el de la llamada Web 1.0, en el que el usuario adoptaba un papel meramente pasivo, y no podía, en consecuencia, compartir obras y otros objetos protegidos en línea.

<sup>1010</sup> M. ORTEGO RUIZ, *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*, Reus, Madrid, 2015, p. 18-19. En el mismo sentido, J.-A. BÉNAZÉRAF, “Qualification et responsabilité des sites contributifs”, *op.cit.*: “Con la Web 2.0, las fronteras se han difuminado entre categorías que parecían hasta ahora estancas, los prestadores acumulan actividades antaño reservadas a actores distintos o, al contrario, las comparten con otros y, sobre todo, con el público usuario de sus servicios. Al mismo tiempo, estos servicios permiten un consumo de masa de obras y objetos protegidos, a menudo en

Algunos actores de las comunicaciones en línea han podido beneficiarse, en consecuencia, de una exoneración de responsabilidad concedida muy generosamente por la jurisprudencia, y que deriva de una serie de disposiciones contenidas en un texto elaborado en los albores del siglo XXI y cuyo alcance resulta, en definitiva, incierto. El papel de los intermediarios en línea ha cambiado desde entonces, y su capacidad de acción contra los contenidos que circulan ilegalmente también<sup>1011</sup>. En este sentido, no hay constancia de que el legislador del año 2000 hubiera querido otorgar el mismo régimen de exoneración de responsabilidad a los actores de la web 1.0 que a aquellos de la web 2.0. De ello ha resultado un conflicto normativo entre dos normas europeas que no estaban en principio destinadas a resultar incompatibles: la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, y la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor en la sociedad de la información<sup>1012</sup>. Este es el motivo por el cual ningún Estado Miembro ha podido aisladamente legislar al respecto, y por ello, dicha solución no podía sino venir de manos del legislador de la Unión Europea.

**507.** En este contexto intervino, en el año 2016, la Propuesta de Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*<sup>1013</sup>, formulando una serie de disposiciones destinadas a reequilibrar la relación entre los titulares de derechos y las plataformas que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea. El texto finalmente adoptado por el Parlamento Europeo en 2019, y recogido en el artículo 17, es el fruto de un intenso debate, en el que la búsqueda de una solución de compromiso entre los intereses de los titulares de derechos, las plataformas contributivas y los usuarios de las obras en línea no ha sido una tarea fácil. En consecuencia, si los titulares de derechos han conseguido recuperar la oponibilidad del derecho exclusivo frente a algunos prestadores de servicios en línea (A), ello se ha hecho a cambio de una serie de concesiones destinadas a favorecer el ejercicio de unas supuestas “libertades digitales” (B).

---

situación de infracción de derechos, en unas proporciones que ni la Directiva sobre el comercio electrónico ni la LCEN hubieran podido anticipar” (traducción propia).

<sup>1011</sup>A. BENSAMOUN, “L’article 17 de la directive “Digital Single Market” ou comment la légitimité d’un droit se pare des atours de la valse...” (pendiente de publicación).

<sup>1012</sup>El considerando nº 16 de la Directiva 2001/29/CE establece, en este sentido, que “[...] la presente Directiva debe aplicarse respetando un calendario similar al de la aplicación de la [Directiva 2000/31], puesto que dicha Directiva dispone un marco armonizado de los principios y normas relativos, entre otras, a ciertas partes importantes de la presente Directiva. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las normas sobre responsabilidad previstas en la citada Directiva”. Sobre esta cuestión, *vid.* CSPLA, Rapport de la mission *Articulation des Directives 2000/31 et 2001/29*, *op. cit.*

<sup>1013</sup>Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre los derechos de autor en el mercado único digital*, COM (2016)593 final, Bruselas, 14 de septiembre de 2016.

## A. La recuperación de la oponibilidad del derecho exclusivo

**508.** Anhelada desde hace tiempo, la respuesta europea al problema de la brecha del valor ocasionada por el uso de las obras y objetos protegidos que tiene lugar mediante las plataformas *user-generated content* se ha materializado en la inclusión de una disposición específica en el artículo 17 de la Directiva 2019/790 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*. Este precepto, cuya interpretación ha de completarse por medio de la lectura de los considerandos nº 61 a 71, pretende restaurar la capacidad de negociación de los titulares de derechos con respecto a las plataformas contributivas o colaborativas. El artículo 17 afirma con claridad que tales plataformas realizan un acto de explotación (1), razón por la cual quedan obligadas a obtener una autorización de los titulares de derechos (2).

### 1. La existencia de un acto de explotación

**509.** En su primer apartado, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 afirma que “... los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente Directiva cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios”. La Directiva es explícita en este punto: por más que sean los usuarios los que cargan los contenidos, la plataforma *user-generated content* o *user-uploaded content* efectúa un acto de comunicación o puesta a disposición, sometido al derecho exclusivo, ya que es esta última la que da acceso a los mismos. El criterio del acceso es, por tanto, determinante para caracterizar el acto de puesta a disposición efectuado por la plataforma<sup>1014</sup>.

---

<sup>1014</sup>CSPLA, Rapport de la mission *Articulation des Directives 2000/31 et 2001/29*, op. cit., p. 11-12. En el mismo sentido, el considerando nº 64 de la Directiva *sobre los derechos de autor en el mercado único digital* al establecer lo siguiente: “Conviene que la presente Directiva aclare que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a la disposición del público *cuando dan acceso* a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas cargados por sus usuarios [...]” (la cursiva es nuestra).

**510.** Esta precisión cobra importancia teniendo en cuenta los errores de interpretación de la jurisprudencia anterior<sup>1015</sup>. Con todo, las precisiones introducidas en el artículo 17 no suponen, en realidad, una verdadera modificación de las reglas jurídicas preexistentes. En efecto, no cabe la menor duda de que la actividad de las plataformas colaborativas o contributivas encaja perfectamente en la definición del derecho de comunicación pública establecida en los artículos 8 del Tratado sobre el derecho de autor de la OMPI de 1996 y 3 de la Directiva 2001/29/CE. Otro tanto puede decirse con respecto a la interpretación de la noción de comunicación pública efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, noción que el propio Tribunal ha erigido en rango de concepto autónomo de derecho de la Unión Europea<sup>1016</sup> y, como tal, ha de recibir una interpretación uniforme<sup>1017</sup>.

**511.** Es cierto que, a la hora de interpretar la noción de comunicación pública, el TJUE ha introducido una serie de criterios o parámetros<sup>1018</sup>, cuya incidencia varía en función de las circunstancias del caso y que, en ocasiones, han conducido a una interpretación que se aparta de algunos de los principios fundadores del derecho de autor y los derechos afines<sup>1019</sup>. Sea como fuere, ninguno de estos nuevos criterios

---

<sup>1015</sup> Vid. *supra*, nº 486 y s., y más específicamente los nº 492 y s.

<sup>1016</sup> Para un análisis exhaustivo de la interpretación del concepto de comunicación pública por parte del TJUE vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “El concepto autónomo de “comunicación al público” en la jurisprudencia del TJUE”, *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, nº 61 (enero-abril 2019), p. 13-67; S. LÓPEZ MAZA, “El concepto autónomo de comunicación pública en el entorno on line”, in P. CÁMARA ÁGUILA e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (coord.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 401-480; CSPLA, Rapport de la mission *Droit de communication au public*, P. Sirinelli, J.-A. Bénazéraf y A. Bensamoun, diciembre de 2016.

<sup>1017</sup> Apartado nº 35 de la STJUE, de 7 de diciembre de 2006, asunto C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles SA*; D. 2007, p. 1236, obs. J. Daleau, nota B. Edelman; *RTD com.* 2007, p. 85, obs. F. Pollaud-Dulian; *CCE* 2007, comm. 24, nota Ch. Caron; *Propr. intell.* 2007, nº 22, p. 87, obs. A. Lucas; *JCP E* 2008, 1144, nº 12, chron. H.-J. Lucas; *RLDI* févr. 2007, nº 771.

<sup>1018</sup> Vid. CSPLA, Rapport de la mission *Droit de communication au public*, *op. cit.* En relación con los criterios de interpretación empleados por el TJUE, el CSPLA hace tres observaciones principales. En primer lugar, considera que el Tribunal ha ido creando, en base a las cuestiones prejudiciales planteadas, un conjunto de criterios de los cuales se sirve en cada caso particular. Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal demuestra así que la ausencia del recurso a uno u otro criterio en una decisión no significa el mismo sea abandonado (p.14). En segundo lugar, la construcción elaborada por el TJUE va más allá de una simple interpretación de la Directiva de 2001. Se convierte así en auténtico creador del Derecho, y ello en base a criterios ajenos a las Directivas 2001/29 y 2006/115, y al conjunto de tratados internacionales que regulan la cuestión (p. 15). En tercer lugar, de ello resulta una extrema complejidad de la norma producida, lo cual la hace difícilmente accesible a los justiciables. El Tribunal ha llevado a manejar hasta 16 conceptos diferentes, algunos de los cuales ni si siquiera pueden comprenderse de forma evidente por sí mismos (p. 15).

<sup>1019</sup> Así ocurre con la noción de “público nuevo”, que el TJUE erige en rango de criterio de razonamiento en la STJUE de 13 de febrero de 2014 (asunto *Svensson*). Lo mismo ocurre con la exigencia de que el público comprenda un “número de personas importante”, o con el hecho de afirmar que el carácter lucrativo “no queda desprovisto de importancia”, llegando a convertirse, en algunos asuntos, en

elaborados por el TJUE pone entredicho el hecho de que las plataformas colaborativas realizan actos de comunicación pública. Esta noción, a la luz de la doctrina del TJUE, se compone de dos elementos cumulativos: por un lado, la existencia de un acto de comunicación de una obra u objeto protegido y, por otro, el hecho de que dicha comunicación se dirija a un público.

Por lo que alsegundo de estos elementos se refiere, el Tribunal de Justicia considera que el concepto de “público” abarca un número indeterminado de destinatarios potenciales. Es decir, basta con que la obra sea puesta a disposición del público de manera que las personas que lo componen puedan acceder, desde el lugar y en el momento que las mismas elijan individualmente, sin que sea necesario que hagan uso efectivo de esta posibilidad<sup>1020</sup>. En ocasiones, el TJUE ha afirmado que dicho número de personas ha de ser, además, importante, sugiriendo así que existiría un cierto umbral por debajo del cual no habría comunicación<sup>1021</sup>. Si bien esta condición es criticable, no cabe duda de que, en el caso de las plataformas colaborativas en línea, el número de personas a las que las mismas dan acceso es suficientemente importante. Tampoco presenta grandes problemas en este contexto el requisito del “público nuevo”, erigido en auténtico criterio de la definición de la noción de comunicación pública en los asuntos *Svensson*<sup>1022</sup> y *BestWater*<sup>1023</sup>. Una obra puesta en línea sin la autorización de los titulares de derechos, quedará destinada, por definición, a un público nuevo. Lo mismo ocurrirá en caso de transmisión o retransmisión de un contenido siguiendo una modalidad técnica específica<sup>1024</sup>, como puede ser el caso de los programas de televisión o series y que son retransmitidos en Internet (*live streaming*), aun cuando la emisión de los mismos no comportase restricción alguna.

---

auténticos criterios de definición de la noción de comunicación pública (así, en la STJUE de 15 de marzo de 2012, *Società Consortile Fonografici* y *Marco Del Corso*).

<sup>1020</sup> STJUE de 7 de diciembre de 2006, *SGAE y Rafael Hoteles*, anteriormente citada; apartado nº 31 de la STJUE de 14 de junio de 2017, C- 610/15, *The Pirate Bay*, siguiendo lo establecido en la STJUE de 26 de abril de 2017, C- 527/15, *Stichting Brein*.

<sup>1021</sup> STJUE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2012, asunto C- 135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF)* y *Marco Del Corso*: D. 2012, p. 810; *RTD com.* 2012, p. 325, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2012, p. 964, obs. E. Treppoz. El propio Tribunal de Justicia afirma, no obstante, que se han de tener en cuenta los efectos acumulativos del público, tanto simultánea como sucesivamente. En consecuencia, es importante ver no solamente cuántas personas tienen acceso a la misma obra de forma paralela, sino igualmente, cuántas de ellas tienen acceso de forma sucesiva a la misma.

<sup>1022</sup> STJUE de 13 de febrero de 2014, *Svensson y Retriever Sverige AB*, anteriormente citada.

<sup>1023</sup> STJUE de 7 de diciembre de 2006, *SGAE y Rafael Hoteles*, anteriormente citada.

<sup>1024</sup> STJUE (Sala Cuarta), de 7 de marzo de 2013, asunto C-607/11, *ITV Broadcasting*: D. 2013, p. 704; *ibid.*, p. 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; *ibid.*, 2014, p. 2078, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2013, p. 267, obs. F. Pollaud-Dulian.



En lo que respecta a la noción de “comunicación”, las primeras cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia versaban sobre casos de retransmisión o comunicación secundaria: de programas de radio o de televisión a los clientes de un hotel, restaurante, o consulta médica, etc. En todos ellos el TJUE pone el acento en el carácter indispensable del hotelero<sup>1025</sup>, restaurador<sup>1026</sup> o profesional médico<sup>1027</sup> en el acto de comunicación puesto que, sin su intervención, los clientes no hubiesen podido acceder a la obra o emisión difundida. Además, en todos estos casos, el TJUE comprobó que el profesional intervenía con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, y que la transmisión se realizaba de forma deliberada. Este carácter deliberado de la intervención del intermediario no hace referencia, para el TJUE, a la selección de los contenidos comunicados, sino al acto de comunicación en sí. Dicha intervención va más allá del hecho de proporcionar simples instalaciones materiales, en el sentido del considerando nº 27 de la Directiva de 2001. En el caso de las plataformas colaborativas, no cabe duda de que la intervención del servicio es indispensable y deliberada. Estos servicios desempeñan una función que supera la mera tecnicidad, comportándose como auténticos difusores. La razón es que tales intermediarios, ofrecen las condiciones materiales necesarias para que los usuarios puedan cargar y compartir contenidos en línea, desempeñando así un papel ineludible en este tipo de actividades.

Por otra parte, el TJUE ha afirmado, en ocasiones que el criterio lucrativo no queda desprovisto de importancia. Si bien el papel que desempeña este criterio en la definición de la noción de comunicación pública es incierto en el estado actual de la cuestión<sup>1028</sup>, no cabe duda de que las plataformas a las que aquí nos referimos tienen un interés económico directo en este tipo de actividades. Sean gratuitos o de pago para el usuario final<sup>1029</sup>, el hecho de que este tipo de servicios genera beneficios importantes es algo que no ofrece la menor duda.

---

<sup>1025</sup> STJUE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, *SGAE y Rafael Hoteles*, anteriormente citada.

<sup>1026</sup> STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, asuntos C-403/08, *Football Association Premier League Ltd* y C-429/08, *Karen Murphy*; CCE 2011, comm. 110, Ch. Caron; *Prop. intell.* 2012, nº 42, p. 51, nota V.-L. Benabou; *RTD com.* 2011, p. 744, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2011, p. 855, obs. É. Treppoz; *D.* 2011, p. 2836, obs. P. Sirinelli.

<sup>1027</sup> STJUE de 15 de marzo de 2012, *Società Consortile Fonografici y Del Corso*, anteriormente citada.

<sup>1028</sup> CSPLA, Rapport de la mission *Droit de communication au public*, op. cit., p. 17.

<sup>1029</sup> *Vid. supra*, nº 38, nuestras consideraciones sobre la noción de gratuidad y especialmente de “falsa gratuidad” en Internet.

**512.** En definitiva, la afirmación de que las plataformas contributivas realizan un acto de comunicación pública es plenamente conforme a los criterios empleados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de interpretar esta noción. Como explica P. SIRINELLI<sup>1030</sup>, las jurisdicciones nacionales, más preocupadas por examinar equivocadamente la noción de conocimiento de la existencia de contenidos ilícitos, habían perdido un poco de vista los criterios del TJUE, y que nada dice de la elección efectiva del contenido mismo.

**513.** En todo caso, la aclaración contenida en el artículo 17 de la Directiva es bienvenida por cuanto resuelve la cuestión, crucial y tan controvertida, como es el hecho de determinar quién efectúa el acto de comunicación pública: ¿el usuario que carga la obra, la plataforma o ambos conjuntamente? Esta afirmación debería poner fin a las dudas que aún persisten en las jurisdicciones nacionales<sup>1031</sup>. En este sentido, existen a día de hoy dos cuestiones prejudiciales pendientes en las que el TJUE ha sido interrogado, respectivamente, acerca de la calificación jurídica de una plataforma de vídeo en internet donde los usuarios ponen a disposición del público vídeos con contenidos protegidos por derechos de autor sin el consentimiento del titular de los derechos<sup>1032</sup>; así como acerca de la calificación jurídica del prestador de un servicio de *sharehosting* mediante el cual los usuarios ponen a disposición del público archivos con

---

<sup>1030</sup> P. SIRINELLI, “Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 288.

<sup>1031</sup> Es cierto que el estado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia inmediatamente anterior a la formulación de la Propuesta de Directiva de la Comisión, en septiembre de 2016, no permitía dar una respuesta clara a esta cuestión. De hecho, el propio considerando nº 61 de la Directiva 2019/790 pone de manifiesto la incertidumbre jurídica que existía en cuanto a si los prestadores de tales servicios realizan actos sujetos al derecho de autor y precisan autorización de los titulares de derechos por lo que se refiere a los contenidos cargados por sus usuarios. Por un lado, en su Sentencia *L’Oréal y eBay* de 12 de julio de 2011, el TJUE había afirmado que la circunstancia de que el servicio prestado por el operador de un mercado electrónico comprendiese el almacenamiento de la información facilitada por los vendedores no bastaba, por sí misma, para concluir que, en cualquier caso, a tal servicio le es aplicable el régimen de exoneración de responsabilidad establecida en el artículo 14.1 de la Directiva 2000/31/CE. Esta disposición debía interpretarse no sólo teniendo en cuenta su tenor sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte (ap. nº 111). Para algunos autores, podría deducirse de esta afirmación que el TJUE admite que un prestador de servicios cuya actividad consiste en almacenar contenidos proporcionados por los usuarios puede perder la calidad de alojador si dicho servicio fuese más allá de la mera prestación de almacenamiento (A. LUCAS-SCHLOETTER, *Dispositions sur le transfert de valeur dans la proposition de directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique (Considérants 38, 39, article 13)*, *Analyse*, marzo 2017, p. 15). Sin embargo, posteriormente, en su Sentencia *Netlog* de 16 de febrero de 2012, el TJUE admitiría sin discusión que una plataforma *UGC* – en el caso concreto se trataba de una red social – tiene, por el mero hecho de su actividad de almacenamiento, la cualidad de prestador de servicios de alojamiento (ap. nº 27).

<sup>1032</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 6 de noviembre de 2018, asunto C-682/18, *LF / Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*.

contenidos protegidos por derechos de autor sin autorización<sup>1033</sup>. Si bien las actividades que desempeñan no son completamente idénticas<sup>1034</sup>, las afirmaciones introducidas en el artículo 17 deberían bastar para dejar sin objeto ambas cuestiones prejudiciales y poder afirmar, sin discusión, que estos servicios realizan actos de comunicación pública, aun cuando los contenidos a los que dan acceso sean proporcionados por sus usuarios<sup>1035</sup>. Las precisiones introducidas en el artículo 17 Directiva 2019/790 dejan claro que, en estos casos, el acto de comunicación ha de ser considerado en su conjunto<sup>1036</sup>. Sin la presencia de este tipo de plataformas contributivas, el contenido cargado por los usuarios no podría ser comunicado al público, pero en ausencia de usuarios, la plataforma carecería de contenidos que comunicar. Ambos sujetos desempeñan así un papel indispensable en el acto de comunicación.

En este sentido se ha pronunciado recientemente el TJUE con respecto a la calificación jurídica de las plataformas de indexación de ficheros *Torrent*<sup>1037</sup> en su Sentencia *The Pirate Bay* de 14 de junio de 2017<sup>1038</sup>. Este tipo de servicios permite a los usuarios compartir obras protegidas sin la autorización de los titulares de derechos. Para ello, es necesario descargar un *software* que permite crear los ficheros *Torrent*, y que no es proporcionado por *The Pirate Bay*. Esta plataforma se limita a indexar los ficheros creados, de manera que puedan ser localizados por los usuarios y seguidamente descargarlos. De esta forma, ninguna obra se encuentra presente en el sitio web, pero existe un sistema mediante el cual los metadatos relativos a las obras, almacenadas en los ordenadores de los usuarios, son indexados y clasificados para facilitar su localización. Para la Corte Suprema de los Países Bajos, no cabía duda de que los

---

<sup>1033</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 6 de noviembre de 2018, asunto C-683/1, *Elsevier Inc. / Cyando AG*.

<sup>1034</sup> La plataforma *YouTube* efectúa un procesamiento de los resultados de búsqueda listados por orden de relevancia y por rúbricas de contenidos y ofrece a los usuarios registrados el resumen de una selección de vídeos recomendados, en función de los ya visualizados por ellos, de forma que desempeña un papel activo. Por el contrario, la plataforma *Cyando* se limita a alojar los contenidos, pero proporciona enlaces de descarga ilimitada que contienen información sobre el contenido de los archivos y permiten la búsqueda de determinados contenidos.

<sup>1035</sup> Para un comentario de ambas cuestiones prejudiciales *vid.* P. SIRINELLI y A. BENSAMOUN, “Chronique de jurisprudence”, *RIDA* n° 260, abril 2019, p. 18-42.

<sup>1036</sup> F. HERPE, “Value gap: vers un rééquilibrage au bénéfice des ayants droit”, *Juris art etc.*, 2017, n° 47, p. 34.

<sup>1037</sup> *BitTorrent* es el protocolo mediante el cual los usuarios (*peers* o pares), pueden compartir ficheros. La característica principal de *BitTorrent* reside en el hecho de que los ficheros son fragmentados en pequeños elementos para permitir que sean compartidos con mayor facilidad, y no se encuentran almacenados en un servidor central.

<sup>1038</sup> STJUE (Sala Segunda) de 14 junio de 2017, asunto C-610/15, *Stichting Brein y Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*: D. 2017, p. 1248, y p. 2390, obs. J. Larrieu; *RTD eur.* 2017, p. 864, obs. E. Treppoz.; *CCE* 2017, comm. 70, obs. Ch. Caron; *RLDI* août-sept 2017, nota O. Roche y E. Drouard.

abonados a los proveedores de acceso *Ziggo* y *XS4ALL*, ponían a disposición obras protegidas sin la autorización de los titulares de derechos, por medio de la plataforma *The Pirate Bay*. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema no permitía responder con certeza a la cuestión de dilucidar si la plataforma en sí realizaba, asimismo, un acto de comunicación pública. En su respuesta a la cuestión prejudicial planteada, el TJUE afirma que todo acto por el cual un sujeto da, con pleno conocimiento de causa, acceso a sus clientes a obras protegidas, es susceptible de constituir un acto de comunicación en el sentido del art. 3.1 de la Directiva de 2001. Y si bien las obras puestas a disposición por medio de la plataforma *The Pirate Bay* habían sido puestas en línea no por los administradores de ésta última, sino por sus usuarios, el Tribunal de Justicia considera que los administradores – por la puesta a disposición y la gestión de una plataforma que permite compartir contenidos – intervienen con pleno conocimiento de causa de las consecuencias de su comportamiento, para dar acceso a las obras protegidas, indexando y repertoriando en dicha plataforma los ficheros *Torrent* que permiten a los usuarios de ésta localizar las obras y compartirlas en el marco de una red de *peer-to-peer*. Dicho de otro modo, desempeña un papel activo. Además, en ausencia de la puesta a disposición y la gestión por parte de los administradores, tales obras no podrían ser compartidas por los usuarios o, al menos, compartirlas en Internet resultaría más complejo<sup>1039</sup>.

**514.** Por otra parte, la afirmación de que las plataformas de tipo colaborativo efectúan un acto de explotación sometido al derecho exclusivo permite descartar definitivamente la aplicación del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico a estos servicios. El apartado 3º del artículo 17 de la Directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital señala, en este sentido, que “cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la presente Directiva, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE no se aplicará a las situaciones contempladas por el presente artículo”. Una vez más, el criterio del acceso, y el acto de explotación que desencadena, fija el criterio de distinción entre los auténticos prestadores de servicios de alojamiento y los

---

<sup>1039</sup> Apartados nº 34 a 36 STJUE de 14 junio de 2017, *Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*, anteriormente citada.

prestadores de servicios que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea<sup>1040</sup>. Los primeros se limitan a almacenar en sus servidores un sitio web sin dar acceso al mismo, de manera que su intervención es, en cierta forma, “invisible” para el público<sup>1041</sup>. En efecto, la puesta a disposición al público de sus contenidos es realizada por aquel que explota el mencionado sitio web. Esta mera función de almacenamiento es, de hecho, la que se desprende del tenor literal del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE<sup>1042</sup>.

Por el contrario, las plataformas *user-generated content* *user-uploaded content*, a las que alude el artículo 17, no se limitan a una función de almacenamiento de los contenidos cargados por los usuarios, sino que, además, dan acceso a los mismos. Así lo establece su artículo 2.6) cuando señala que la expresión “prestador de servicios para compartir contenidos en línea” se refiere a los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es “almacenar y dar al público acceso” a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos. Como afirma el considerando n° 62, este tipo de servicios de la sociedad de la información está concebido “como parte de su uso normal, para dar acceso al público a contenidos u otras prestaciones protegidos por derechos de autor cargados por sus usuarios” y, de hecho, se han convertido en una fuente principal de acceso a los contenidos en línea”<sup>1043</sup>.

**515.** Una diferencia fundamental existe así entre la inicial Propuesta de Directiva y el texto finalmente adoptado. En efecto, éste último excluye de la limitación de responsabilidad establecida en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE en base a un único requisito, que es la existencia de un acto de comunicación pública o puesta a disposición. Ello implica que el régimen de exoneración de responsabilidad queda

---

<sup>1040</sup> Como afirma J. LÓPEZ RICHART, “a diferencia del prestador de un servicio de alojamiento puro, que es totalmente ajeno a la información que almacena en sus servidores, al alojador 2.0 no le es indiferente el contenido de esa información, ni la cantidad de contenidos alojados o la manera en que éstos se presentan, puesto que todos estos elementos son determinantes de su modelo de negocio” (J. LÓPEZ RICHART, “Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el Mercado Único Digital”, *Pe.i., Revista de Propiedad Intelectual* n° 60, sept.-dic. 2018, p. 67-126, en p. 81)

<sup>1041</sup> J.-A. BÉNAZÉRAF, “Qualification et responsabilité des sites contributifs”, *op. cit.*

<sup>1042</sup> Artículo 14.1 de la Directiva 2000/31/CE: “Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en *almacenar* datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que [...]” (la cursiva es nuestra).

<sup>1043</sup> Considerando n° 61 de la Directiva *sobre los derechos de autor en el mercado único digital*

reservado a los prestadores de servicios de alojamiento *stricto sensu*<sup>1044</sup>. La Propuesta de Directiva seguía, no obstante, una vía diferente. La redacción de su considerando nº 38 establecía que los prestadores de servicios a los que se refería debían suscribir contratos de licencia con los titulares de derechos, a menos que pudieran acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE<sup>1045</sup>. La delimitación del campo del *safe harbor*, del artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico venía así dada por un segundo criterio cumulativo: el análisis del “papel activo” del prestador de servicios, y que el considerando nº 38 exigía comprobar. La Propuesta de Directiva se apoyaba, en consecuencia, en este criterio inferido erróneamente<sup>1046</sup> del considerando nº 42 de la Directiva sobre el comercio electrónico.

Es cierto que detrás las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad reconocidas en la Directiva sobre el comercio electrónico, subyace la idea de una actividad que se mantiene al margen de la selección, edición o modificación de los contenidos. Cuestión distinta es que la apreciación del papel activo del proveedor de servicios tenga que implicar necesariamente que éste adquiere conocimiento efectivo de la ilicitud de los mismos. De hecho, la Directiva 2000/31/CE habla de “conocimiento” o “control”, conceptos que no necesariamente han de ser tenidos por sinónimos. Así, el término de “control” podría referirse a la capacidad de realizar operaciones sobre la presentación de los contenidos que la plataforma vehicula, o el establecimiento de herramientas de clasificación o de localización de los mismos. En este sentido, la letra del considerando nº 38 de la Propuesta de Directiva establecía que este “papel activo” podía ser apreciado por circunstancias tales como la optimización de la presentación de las obras o prestaciones cargadas, o bien por su promoción, independientemente de la naturaleza de los medios utilizados a tal fin<sup>1047</sup>. Con ello, el texto de la Comisión Europea reconocía

---

<sup>1044</sup> A. BENSAMOUN, “*Value gap*: une adaptation du droit d’auteur au marché unique numérique”, *Dalloz IP/IT* 2018, p. 122 y s. En el mismo sentido, CSPLA, Rapport de la mission *Articulation des Directives 2000/31 et 2001/29*, *op. cit.*, p. 11-12.

<sup>1045</sup> Sin decirlo de forma explícita, el texto de la Comisión daba por sentada la extensión de la categoría del prestador de servicios de alojamiento a aquellos que almacenan y realizan actos de comunicación pública (A. BENSAMOUN, “*Value gap*: une adaptation du droit d’auteur ...”, *op. cit.*, p. 122 y s.).

<sup>1046</sup> En realidad, el considerando nº 42 de la Directiva 2000/31/CE se refiere a los prestadores de servicios de *caching* y no al conjunto de los prestadores aludidos por los artículos 12 a 14 de dicha Directiva (En este sentido, CSPLA, Rapport de la mission *Articulation des Directives 2000/31 et 2001/29*, *op. cit.*, p. 5).

<sup>1047</sup> Criterios extraídos de la STJUE de 12 de julio de 2011, *L’Oréal y eBay International*, anteriormente citada, en su apartado nº 116, el cual afirma que cuando un operador “presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente

que la ignorancia del carácter ilícito del contenido ya no sería un criterio suficiente para justificar que el proveedor de servicios desempeña un papel pasivo, puesto que las intervenciones sobre los contenidos a las que se refiere el considerando nº 38 no tienen por qué conferir a la plataforma el conocimiento sobre la ilicitud de los mismos. Es decir, la plataforma puede ignorar el carácter ilícito de los contenidos que alberga y, a pesar de todo, desempeñar un papel activo<sup>1048</sup>. Una de las aportaciones mayores de la Propuesta de Directiva consistía, por tanto, en la disociación de las nociones de ausencia de conocimiento y pasividad de la plataforma.

**516.** No obstante, y a pesar de estas pautas de interpretación sobre lo que ha de entenderse por “papel activo”, seguir apoyándose en un criterio que ya había conducido a situaciones nefastas para los titulares de derechos hubiera podido desembocar en decisiones dispares por parte de la jurisprudencia, perpetuando así la incertidumbre sobre la cuestión de la responsabilidad de las plataformas colaborativas. Además, esta circunstancia hubiera quebrado todo intento de instaurar un verdadero mercado único digital en el seno de la Unión Europea, objetivo principal perseguido por la nueva Directiva. Y ello aún cuando no debería haber demasiadas dudas a la hora de identificar las múltiples intervenciones que los sitios web contributivos realizan sobre los contenidos que albergan y a los que dan acceso, pues es difícil considerar que estas plataformas permanecen completamente neutrales o pasivas. Entre ellas, podemos citar la mejora de la presentación y organización de los contenidos; el suministro de herramientas de búsqueda y de lectura; la explotación comercial por medio de la publicidad, e incluso el empleo de sistemas que permiten realizar recomendaciones personalizadas de contenidos, en función de los gustos o intereses particulares del usuario<sup>1049</sup>. El hecho de que algunas de estas intervenciones se realicen de forma automatizada, no debería bastar, para afirmar que la plataforma desempeña una labor

---

y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas”.

<sup>1048</sup> A. BENSAMOUN, “*Value gap: une adaptation du droit d’auteur ...*”, *op. cit.*, p. 122 y s.

<sup>1049</sup> En un sentido similar se ha pronunciado el TJUE en el asunto *The Pirate Bay*. El apartado nº 38 de la STJUE de 14 de junio de 2017, afirma que no puede considerarse que los administradores de la plataforma *The Pirate Bay* realizan una simple facilitación de instalaciones destinadas a permitir o a realizar una comunicación en el sentido del considerando nº 27 de la Directiva 2001/29. En efecto, esta plataforma procede a la indexación de los ficheros *torrent*, de manera que las obras a las cuales tales ficheros remiten puedan ser fácilmente localizables. La plataforma *The Pirate Bay* dispone, además de un motor de búsqueda, un índice que clasifica las obras bajo diferentes categorías, basadas en la naturaleza de las obras, su género o popularidad, en el seno de las cuales se reparten las obras que son puestas a disposición, siendo el respeto de la localización de una obra en la categoría adecuada verificada por los administradores de dicha plataforma. Además, tales administradores proceden a la supresión de los ficheros *torrent* obsoletos o erróneos, y filtran de forma activa ciertos contenidos.

neutral<sup>1050</sup>, por cuanto todas estas actuaciones repercuten en el éxito de la misma y en su capacidad para generar beneficios. La finalidad de todas estas intervenciones no es otro que el de atraer al público y lograr que éste permanezca el máximo tiempo posible en la plataforma<sup>1051</sup>. La introducción de este criterio del papel activo de la plataforma en el artículo 13 de la Propuesta de Directiva, junto con la enumeración de algunas pautas o indicios para valorarlo<sup>1052</sup>, tenían indudablemente por objetivo corregir los errores de la jurisprudencia anterior, en asuntos como *Dailymotion* en Francia y *Google c/ Telecinco* en España, anteriormente citados<sup>1053</sup>. No obstante, no cabe excluir, que hubieran podido seguir apareciendo algunas dudas sobre la apreciación de lo que ha de entenderse por papel activo. Por ejemplo, ¿la mera presencia de un motor de búsqueda facilitado por la plataforma bastaría, en estos casos, para deducir que ésta desempeña un papel activo? O ¿cómo apreciar el papel activo de una red social cuando las herramientas de clasificación proceden de los *hashtags* establecidos por los propios usuarios?

**517.** El nuevo régimen de responsabilidad previsto para los servicios que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea presenta así la virtud de descansar en un único criterio de carácter objetivo o indiscutible: la existencia de un acto comunicación pública<sup>1054</sup>. Con ello, las plataformas colaborativas o contributivas quedan definitivamente configuradas en el paisaje jurídico como una nueva categoría de prestador de servicios, que no ha de confundirse con los prestadores de servicios de alojamiento *stricto sensu*. De modo correlativo, también queda claramente delimitado el

---

<sup>1050</sup> CSPLA, Rapport de la mission *Articulation des Directives 2000/31 et 2001/29*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>1051</sup> Sobre el modelo de negocio de las plataformas en línea, basado en la economía de la atención, *vid. supra*, n° 50.

<sup>1052</sup> El considerando n° 38 de la Propuesta de Directiva afirmaba, en este sentido, que “en lo que se refiere al artículo 14, es preciso comprobar si el proveedor de servicios desempeña un papel activo, en particular optimizando la presentación de las obras o prestaciones cargadas o promocionándolas, independientemente de la naturaleza de los medios utilizados a tal fin”.

<sup>1053</sup> *Vid. supra*, n° 493.

<sup>1054</sup> Como afirma J. LÓPEZ RICHART, “la directiva aborda la responsabilidad de los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea, no como un supuesto de responsabilidad secundaria o indirecta, sino como un supuesto de responsabilidad directa, ya que – al margen de la calificación que pueda merecer la conducta de sus usuarios –, considera que los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenan y facilitan el acceso público a obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargadas por usuarios, realizan un acto de comunicación al público” (J. LÓPEZ RICHART, “Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por los usuarios en el Mercado Único Digital”, *op. cit.*, p. 107).



ámbito de los “puertos seguros” establecidos en la Directiva sobre el comercio electrónico<sup>1055</sup>.

**518.** Las afirmaciones anteriores suponen que, desde ahora, las plataformas contributivas como *YouTube* deberán obtener una autorización de los titulares de derechos para prestar sus servicios en línea.

## ***2. La necesidad de obtener una autorización de los titulares de derechos***

**519.** La consecuencia lógica de la afirmación de que las plataformas de tipo contributivo realizan un acto de explotación es que las mismas deberán obtener una autorización de los titulares de derechos para poder desarrollar esta actividad. Este principio general (a) se ve moderado por la existencia de un régimen específico de responsabilidad para las plataformas contributivas (b).

### **a. La regla general**

**520.** En su párrafo 2º, el artículo 17.1 de la Directiva establece que “[...] los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones”. Con esta disposición, el Derecho de la Unión Europea pretende restaurar la capacidad de negociación que, en virtud del ejercicio del derecho exclusivo, ostentan los titulares de derechos sobre sus obras y prestaciones protegidas, de forma que ello les permita autorizar o prohibir la explotación, así como obtener una parte del valor generado por la presencia de las obras en las plataformas de tipo colaborativo. Se trata así de reequilibrar la relación entre los proveedores de servicios y los titulares de derechos en la negociación contractual, sometiendo la actividad de las plataformas al respeto del derecho de autor.

---

<sup>1055</sup>En todo caso, el artículo 17.3 recuerda que este nuevo régimen jurídico previsto para las plataformas colaborativas no afectará a la posible aplicación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la presente Directiva.

**521.** Además, en virtud del apartado 2º del mismo artículo, la autorización obtenida cubrirá también los actos realizados por los usuarios de los servicios siempre y cuando “no actúen con carácter comercial o en caso de que su actividad no genere ingresos significativos”. Esta disposición deja pensar que los usuarios que se sirven de este tipo de plataformas con una finalidad en cierta forma profesional, o bien que alcanzan mediante la difusión de sus vídeos en las mismas una popularidad que les permite obtener unos beneficios considerables (por ejemplo, los llamados *youtubers*<sup>1056</sup>), sí deberán solicitar directamente una autorización a los titulares de derechos. La determinación del umbral a partir del cual los ingresos se considerarán significativos es una cuestión que el texto de la Directiva no especifica. Por su parte, el considerando nº 69 afirma que cuando los titulares de derechos hayan autorizado expresamente a los usuarios a cargar y poner a disposición obras u otras prestaciones en un servicio para compartir contenidos en línea, el acto de comunicación al público del prestador del servicio estará autorizado dentro del alcance de la autorización concedida por el titular de derechos. En todo caso, no existirá ninguna presunción favorable a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea de que sus usuarios han adquirido todos los derechos pertinentes.

**522.** Por último, esta obligación de solicitar una autorización a los titulares de derechos no se aplica a todos los usos de tipo colaborativo o contributivo en línea, sino sólo aquellos “cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos” (artículo 2.6). Los operadores son así definidos por el papel activo que desempeñan<sup>1057</sup> optimizando la presentación de los contenidos a los que dan acceso, siguiendo lo ya establecido por la STJUE *L’Oréal* de 12 de julio de 2011<sup>1058</sup>. Para quedar sometidos a las obligaciones que establece el artículo 17 de la Directiva 2019/790, la finalidad principal o una de las finalidades principales del prestador de servicios ha de ser la de almacenar y dar al público acceso a las obras o prestaciones protegidas. Queda pendiente la determinación del umbral a partir del cual dicho objetivo se considera

---

<sup>1056</sup> El término *youtuber* hace referencia a los usuarios que introducen vídeos llamativos en una plataforma de vídeo en línea o en una red social con el objetivo de causar interés a la comunidad de seguidores de la que dispone, y que ésta vaya en aumento. La plataforma más utilizada a estos fines es *YouTube*, de ahí la creación del término *youtuber*.

<sup>1057</sup> A. BENSAMOUN, “L’article 17 de la directive “Digital Single Market” ou comment la légitimité d’un droit se pare des atours de la valse...”, nº 4 (pendiente de publicación).

<sup>1058</sup> STJUE de 12 de julio de 2011, *L’Oréal* y *eBay*, anteriormente citada.

“principal”<sup>1059</sup>. Por otra parte, el texto hace referencia al volumen de obras puestas a disposición, cuestión que ha de interpretarse a la luz de los criterios establecidos en el considerando nº 63<sup>1060</sup>. La Directiva sigue, en todo caso, un criterio cuantitativo que habrá de ser evaluado caso por caso en función de una serie de indicios. Hubiera sido útil que dicho criterio cuantitativo fuese completado por un criterio cualitativo, puesto que en ocasiones la calidad de los elementos puestos a disposición es más importante que su cantidad<sup>1061</sup>.

**523.** En todo caso, el artículo 2.6 de la Directiva 2019/790 excluye explícitamente del ámbito de aplicación del artículo 17 la actividad de los prestadores de servicios como “las enciclopedias en línea sin fines lucrativos, los repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos, las plataformas para desarrollar y compartir programas informáticos de código abierto, los servicios de comunicación electrónica tal como se definen en la Directiva (UE) 2018/1972, los mercados en línea y los prestadores de servicios entre empresas y en la nube, que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso”. De ello se infiere que el blanco de las medidas contenidas en el artículo 17 de la nueva Directiva se limita, en definitiva, a las plataformas que permiten a los usuarios compartir contenidos de naturaleza audiovisual en línea (*YouTube, Dailymotion*), así como las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram*, etc.), es decir, a aquellos servicios que son más proclives a que los usuarios compartan en línea un volumen importante de obras y objetos protegidos por el derecho de autor sin la autorización de los titulares de derechos<sup>1062</sup>.

**524.** Este tipo de servicios queda así obligado, en principio, a celebrar acuerdos de licencia u otro tipo de acuerdos para obtener las autorizaciones correspondientes para desempeñar su actividad. No obstante, para los casos en que no se obtiene una

---

<sup>1059</sup> A. BENSAMOUN, “L’article 17 de la directive “Digital Single Market”...”, *op. cit.*, nº 4.

<sup>1060</sup> Considerando nº 63 de la Directiva 2019/790: “El análisis de si un prestador de servicios para compartir contenidos en línea almacena y da acceso a una gran cantidad de contenidos protegidos por derechos de autor debe hacerse caso por caso y tomar en consideración una combinación de elementos, como la audiencia del servicio y el número de ficheros de contenido protegido por derechos de autor cargados por los usuarios de los servicios”.

<sup>1061</sup> A. BENSAMOUN, “L’article 17 de la directive “Digital Single Market” ou comment la légitimité d’un droit se pare des atours de la valse...”, nº 4 (pendiente de publicación).

<sup>1062</sup> Aquellos prestadores de servicios que, por el contrario, no almacenen grandes cantidades de contenidos protegidos cargados por los usuarios, que desempeñen servicios que derivan de la esfera privada o que no persigan una finalidad lucrativa quedan excluidas del nuevo régimen de responsabilidad.

autorización, el artículo 17.4 ha previsto un nuevo régimen de responsabilidad *ad hoc*<sup>1063</sup>.

**b. La previsión de un régimen específico de responsabilidad para las plataformas contributivas**

**525.** El hecho de que los usos de las obras a los que aquí nos referimos sean contributivos, no es una circunstancia del todo indiferente a los ojos de la nueva Directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. La misma parte del principio de que los usos que tienen lugar mediante las plataformas que permiten a sus usuarios cargar contenidos deben quedar sometidos al derecho exclusivo. Entre las consideraciones que han llevado a establecer esta modificación legislativa, se encuentra el hecho de que estos servicios compiten de manera desleal en el mercado con otros servicios de audio y vídeo en línea que, al no ser de tipo contributivo, han tenido desde un principio que solicitar las autorizaciones necesarias para desarrollar su actividad (por ejemplo, los servicios como *iTunes*, *Spotify*, *Deezer*, *Netflix*, *OCS* o *Amazon Prime*). Sin embargo, una distinción entre estos servicios y los de tipo contributivo subsiste en el texto consagrado por la Directiva. Estos últimos gozan de un régimen de responsabilidad específico para los casos en los que no se ha concedido la autorización.

**526.** En este sentido, la letra del artículo 17.4 a) establece que las plataformas contributivas no serán responsables de los actos de comunicación al público no autorizados si demuestran haber realizado los “mejores esfuerzos” para obtener una autorización por parte de los titulares de derechos. Esta afirmación es hasta cierto punto contradictoria con lo dispuesto en el considerando nº 61, el cual establece que los titulares de derechos no deben estar obligados a conceder una autorización o a concluir acuerdos de licencia. Sin embargo, lo cierto es que aun cuando dicha autorización no sea concedida por la razón que sea, tampoco podrán exigir ningún tipo de responsabilidad a las plataformas contributivas que satisfagan las condiciones fijadas en las letras b) y c) del apartado 4 del artículo 17.

**527.** En este sentido, ante la eventual presencia de contenidos no autorizados en sus servicios, las plataformas contributivas que quieran verse exoneradas de

---

<sup>1063</sup>M. VIVANT, “Une responsabilité *ad hoc* pour les sites de partage...”, *op. cit.*, p. 1-6.

responsabilidad deberán demostrar que han hecho los “mejores esfuerzos” por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria. Dicho de otro modo, las plataformas deberán adoptar un papel proactivo, para impedir, en la medida de lo posible, la difusión de contenidos no autorizados al público.

**528.** La efectividad de esta nueva obligación de vigilancia *oduty of care*, requerirá de la implementación de dispositivos tecnológicos de filtrado o reconocimiento de las obras por parte de las plataformas contributivas. El nuevo artículo 17 de la Directiva confiere un así un alcance reforzado a estos dispositivos<sup>1064</sup>. Dichas herramientas, que inicialmente habían sido puesto voluntariamente en funcionamiento por algunas plataformas, se convierten, de esta forma, en dispositivos requeridos y regulados por el Derecho de la Unión Europea.

**529.** Con el fin de que el peso que puede suponer la detección de contenidos puestos en línea por los usuarios no quede exclusivamente en manos de los prestadores de servicios, esta obligación de vigilancia reforzada descansa en el establecimiento de una relación de cooperación o colaboración con los titulares de derechos. De este modo, surge una obligación a cargo de estos últimos consistente en proporcionar información sobre las obras y prestaciones de las que son titulares<sup>1065</sup>, pues de lo contrario se considera que los prestadores de servicios no podrán hacer los mejores esfuerzos para evitar su presencia en línea y, en consecuencia, no serán considerados responsables. La pertinencia y necesidad de dicha información será evaluada teniendo en cuenta, entre otros factores, la magnitud de los titulares de derechos y el tipo de sus obras y otras prestaciones<sup>1066</sup>.

El considerando n° 71 establece que esta relación de colaboración deberá ser fomentada por la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, mediante la organización de diálogos entre las partes interesadas. Mediante este recurso a las

---

<sup>1064</sup> *Vid.* en este sentido, el informe de la misión del CSPLA, elaborado con el concurso de la HADOPI y el CNC, y cuyo objetivo ha consistido en analizar la eficacia de las herramientas tecnológicas susceptibles de ser implementadas por las plataformas para cumplir con sus nuevas obligaciones legales, identificar los puntos sensibles de su puesta en funcionamiento y formular propuestas en vistas a la evolución del marco jurídico europeo: CSPLA-HADOPI-CNC, Rapport de la mission sur *Les outils de reconnaissance de contenus protégés par les plateformes de partage en ligne: état de l'art et propositions*, (pendiente de publicación).

<sup>1065</sup> Por ejemplo, proporcionando las huellas digitales que permitan identificar los archivos en los que figuran sus obras y/o prestaciones

<sup>1066</sup> Considerando n° 66 de la Directiva 2019/790.

técnicas de “Derecho blando”, se pretende garantizar una aplicación uniforme de la obligación de cooperación entre los prestadores de servicios y los titulares de derechos, así como determinar las mejores prácticas en relación con las normas sectoriales adecuadas de diligencia profesional<sup>1067</sup>. A tal fin, la Comisión deberá consultar a las partes interesadas, en particular las organizaciones de usuarios y proveedores de tecnología, y tomar en consideración la evolución del mercado. Las organizaciones de usuarios también deberán tener acceso a la información sobre las acciones que lleven a cabo las plataformas contributivas para gestionar los contenidos puestos en línea.

**530.** Al mismo tiempo, y como contrapartida de la obligación de cooperación que corre a cargo de los titulares de derechos, el apartado n° 8 del artículo 17 establece una obligación de transparencia a cargo de las plataformas contributivas. Éstas deberán proporcionar a los titulares de derechos que lo soliciten información adecuada sobre el funcionamiento de sus prácticas, así como, cuando se celebren acuerdos de licencia entre prestadores de servicios y titulares de derechos, información sobre el uso de los contenidos contemplados por los acuerdos. Con ello se trata, en definitiva, de evaluar la puesta en funcionamiento de los mecanismos de filtrado o reconocimiento de contenidos, su adecuación al tipo de plataforma, su efectividad o el hecho de que se encuentren adaptados a los últimos avances tecnológicos<sup>1068</sup>.

**531.** Por último, y si a pesar de los esfuerzos realizados por parte de las plataformas para impedir *ex ante* la presencia de contenidos no autorizados en sus servicios, éstos resultan infructuosos, la letra c) del artículo 17.4 de la Directiva 2019/790 les obliga a actuar *ex post* de modo expeditivo para retirar de sus páginas web o inhabilitar el acceso a los contenidos señalados. Esta obligación de *notice and take down* consiste, por lo tanto, en actuar con prontitud para hacer efectivo el derecho de retirada de los titulares de derechos (*opt out*), siempre y cuando estos últimos envíen

---

<sup>1067</sup> Con tales diálogos se pretenden definir las buenas prácticas que permitirán al juez, en caso de que se planteen litigios, apreciar la realización de esos mejores esfuerzos, así como permitir a las plataformas conocer de antemano la diligencia que se espera por su parte (P. SIRINELLI, “Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 288).

<sup>1068</sup> Como bien lo expresa el considerando n° 68 de la Directiva 2019/790, las plataformas contributivas pueden tomar varias medidas para cumplir con su obligación de vigilancia reforzada. Por este motivo deberán “proporcionar a los titulares de derechos, previa solicitud por parte de estos, información adecuada sobre el tipo de medidas tomadas y el modo en que se emprenden. [...] No obstante, no debe obligarse a los prestadores de servicios a proporcionar a los titulares de los derechos información pormenorizada e individualizada respecto de cada obra u otra prestación identificada. Ello debe entenderse sin perjuicio de disposiciones contractuales, que pueden contener cláusulas más específicas sobre la información que debe facilitarse cuando se concluyan acuerdos entre prestadores de servicios y titulares de derechos”.

una notificación lo suficientemente motivada<sup>1069</sup>. Se reproduce así, en última instancia, la situación que ya existía bajo el régimen anterior, cuando la jurisprudencia aplicaba a las plataformas contributivas el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico. La novedad aquí reside en que la nueva Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* establece que las plataformas contributivas serán consideradas responsables si no demuestran haber hecho los mejores esfuerzos por impedir que en el futuro se carguen obras y prestaciones no autorizadas. Con ello, se inscribe en el texto de la ley el principio del *take down and stay down*, que tan controvertido había resultado en la jurisprudencia anterior<sup>1070</sup>, y que ha sido, sin embargo, recientemente reconocido por el TJUE<sup>1071</sup>.

**532.** En definitiva, y en defecto de haber obtenido una autorización de los titulares de derechos, la Directiva establece nuevas obligaciones a cargo de las plataformas contributivas si no quieren ser consideradas como responsables de un acto de comunicación o puesta a disposición del público. Dichas obligaciones consisten en obligaciones de medios, y no de resultado como lo demuestra la expresión “mejores esfuerzos”. Esos “mejores esfuerzos” serán evaluados de acuerdo con normas de estricta diligencia profesional<sup>1072</sup>. El apartado 5 del artículo 17 enumera una serie de elementos a tener en cuenta a la hora de determinar si el prestador de servicios ha cumplido con dichas obligaciones, que siempre deberán ser apreciados a luz del principio de proporcionalidad. En este sentido, entrarán en consideración datos como el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, o el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por

---

<sup>1069</sup> Artículo 17.9 y considerando nº 66 de la Directiva 2019/790.

<sup>1070</sup> *Vid. supra* nº 501 y s.

<sup>1071</sup> STJUE de 3 de octubre de 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek y Facebook Ireland Limited* anteriormente citada.

<sup>1072</sup> Tal y como establece el considerando nº 66 de la Directiva 2019/790, deberá tenerse en cuenta si el prestador de servicios ha tomado todas las medidas que tomaría un operador diligente para alcanzar el resultado establecido, teniendo en cuenta las mejores prácticas sectoriales y la eficacia de las medidas tomadas a la luz de todos los factores pertinentes, así como el principio de proporcionalidad. En consecuencia, estas medidas no deberán ir más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo. Esa remisión a las normas de estricta diligencia profesional suponen que los mejores esfuerzos no han de evaluarse de forma teórica, sino en función del estado de la técnica existente, refiriéndose a los desarrollos más punteros. La Directiva no prescribe ninguna tecnología particular, pero hace de los avances tecnológicos la existentes la referencia que permitirá apreciar si las plataformas cumplen con sus obligaciones (CSPLA-HADOPI-CNC, Rapport de la mission *Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage* : État de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus, J.Ph. Mochon, S. Humbert, C. Menaldi, D. Wang y L. Facon, noviembre de 2019, p. 102 (pendiente de publicación).).

los usuarios del servicio; así como la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios.

**533.** La Directiva insiste, por tanto, en el carácter proporcional de las medidas que puede exigirse de estas plataformas. En última instancia, su artículo 17.8 declara asimismo la ausencia de una obligación general de supervisión. El principio recuerda a lo establecido en el artículo 15 de la Directiva sobre el comercio electrónico. En consecuencia, ¿cómo se conjuga esta ausencia de obligación general de supervisión con las obligaciones que la propia Directiva establece a cargo de las plataformas contributivas, especialmente en los casos en que no hayan obtenido las autorizaciones correspondientes de los titulares de derechos? En este sentido, es necesario no confundir la imposición de una obligación de vigilancia sobre contenidos delimitados y realizada en el marco de una cooperación con los titulares de derechos, con una obligación general de supervisión. Ciertamente, estos prestadores de servicios deberán vigilar que no circulen por sus servicios los contenidos no autorizados, pero todo ello deberá hacerse conforme a la información que previamente les hayan transmitido los titulares de derechos.

**534.** En definitiva, el artículo 17 intenta generalizar la firma de acuerdos de remuneración entre las plataformas que permiten a los usuarios compartir contenidos y los titulares de derechos. En su defecto, vela porque los servicios de tipo contributivo adopten una actitud proactiva, evitando las subidas de archivos que infrinjan los derechos de autor y, en última instancia, les obliga a actuar con prontitud para garantizar la retirada de contenidos ilícitos. El régimen establecido refuerza, sin duda, la responsabilidad de las plataformas contributivas con respecto a la situación anterior, pero deja la puerta abierta a una posible exoneración de responsabilidad siempre que se cumplan determinados requisitos. Algunos han podido considerar que “la Directiva no va hasta el extremo de su audacia”<sup>1073</sup>, pero como explica P. SIRINELLI,<sup>1074</sup> para los redactores de la Directiva, una responsabilidad automática de la plataforma por la mera presencia de obras y objetos protegidos por el derecho de autor subidos por los usuarios hubiera resultado ser una solución muy brusca, en comparación con la situación de

---

<sup>1073</sup> V.-L. BENABOU, “La directive droit d’auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier”, *JCP G* 2019, p. 1236-1239, en p. 1237.

<sup>1074</sup> P. SIRINELLI, “Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 288



irresponsabilidad condicionada existente hasta el momento<sup>1075</sup>. Durante las negociaciones de este nuevo texto legal europeo, los prestadores de servicios pusieron manifiesto el riesgo de no poder cumplir técnicamente con tal obligación legal. El punto de equilibrio se ha materializado, en consecuencia, en una exigencia a las plataformas contributivas de desplegar todos los medios que se encuentren a su alcance para impedir la presencia no autorizada de obras y prestaciones protegidas en línea, pero sin quedar obligadas a obtener un resultado en términos absolutos. El nuevo régimen *ad hoc* de responsabilidad establecido en beneficio de las plataformas contributivas se encuentra así a medio camino entre el régimen común de responsabilidad civil y el régimen de responsabilidad reconocido en beneficio de los prestadores de alojamiento de datos (art. 14 de la Directiva 2000/31/CE).

**535.** En definitiva, y a pesar de que el artículo 17 crea las condiciones para una recuperación de la oponibilidad del derecho exclusivo frente a las plataformas colaborativas, lo hace también limitando las consecuencias de su ejercicio. Esta oponibilidad del monopolio de explotación es aún menor en presencia de empresas emergentes, así como de los usuarios de las plataformas colaborativas en línea. El dispositivo se completa así de una serie de disposiciones para favorecer unas supuestas “libertades digitales”.

## **B. Las disposiciones en favor de ciertas “libertades digitales”**

**536.** La tensa negociación que ha presidido los más de dos años que han sido necesarios para lograr una versión de compromiso de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* ha estado fuertemente marcada por la reivindicación de unas supuestas “libertades” o “derechos digitales”. Entre los portavoces de estas reivindicaciones se encuentran, evidentemente, los usuarios de Internet, pero también los prestadores de servicios, pues ellos son, en realidad, quienes mayor interés tienen en escapar al poder del derecho exclusivo. Tanto es así que la conquista de una mejor posición por parte de los titulares de derechos ha tenido que hacerse a cambio de importantes concesiones en nombre de las libertades y derechos invocados. La búsqueda de un punto de equilibrio entre ambas categorías de intereses ha

---

<sup>1075</sup>A. BENSAMOUN, “L’article 17 de la directive “Digital Single Market”...”, *op. cit.*, nº 7.

desembocado en el reconocimiento de un régimen de responsabilidad específico para las empresas emergentes (1), así como en la previsión de una serie de disposiciones destinadas a favorecer los “derechos de los usuarios” de las plataformas contributivas (2).

### ***1. Un régimen específico para las empresas emergentes***

**537.** Con el fin de establecer un equilibrio entre la libertad de empresa y el respeto de los intereses de los titulares de derechos, las plataformas *user-generated content* de nueva entrada en el mercado han quedado parcial y temporalmente exentas<sup>1076</sup> de las obligaciones establecidas en el apartado 4º del artículo 17. El apartado 6º de dicho artículo establece así un régimen de responsabilidad más benevolente para las empresas emergentes en este campo, siempre que se cumplan determinadas condiciones. En virtud del artículo 17.6, “los Estados miembros dispondrán que, respecto de los nuevos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cuyos servicios lleven menos de tres años a disposición del público en la Unión y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10 000 000 EUR, [...], los requisitos que les sean aplicables en virtud del régimen de responsabilidad establecido en el apartado 4 se limiten al cumplimiento de la letra a) de dicho apartado y a la actuación expeditiva, al recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web. Cuando el promedio de visitantes únicos mensuales de dichos prestadores de servicios supere los cinco millones, calculado sobre la base del año civil anterior, estos demostrarán asimismo que han hecho los mayores esfuerzos por evitar nuevas cargas de las obras y otras prestaciones notificadas respecto de las cuales los titulares de derechos hayan facilitado la información pertinente y necesaria”.

Simplificando lo dispuesto en este precepto, las plataformas colaborativas emergentes que hayan hecho los mejores esfuerzos para obtener una autorización de los titulares de derechos sólo quedarán obligadas a retirar los contenidos señalados por los titulares de derechos. Asimismo, aquellas que alcancen un promedio de visitantes únicos mensuales superior a cinco millones deberán realizar los mejores esfuerzos para evitar la

---

<sup>1076</sup> P. SIRINELLI, “Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 288.

reaparición en línea de los contenidos previamente retirados, siempre y cuando los titulares de derechos les hayan proporcionado información pertinente y necesaria. Dicho de otro modo, los “pequeños” operadores se benefician de un régimen de favor que se aproxima a aquel que se pretendía combatir<sup>1077</sup>.

**538.** La finalidad de este régimen especial, que se ha intentado justificar en base al principio de libertad de empresa, consiste en facilitar la entrada al mercado de nuevos prestadores de servicios evitándoles los costes derivados de la implementación de las herramientas tecnológicas de reconocimiento automático de contenidos. Esta “exclusión contra-natura”<sup>1078</sup> de las obligaciones del artículo 17, o “tolerancia a los actos de infracción”<sup>1079</sup> en beneficio de los “pequeños” operadores, que por definición deberían quedar sometidos, fue el precio a pagar a cambio del apoyo de ciertos Estados Miembros para llevar a buen puerto las negociaciones. El argumento en boca de estas empresas emergentes consistía en afirmar que no podrían competir ante los grandes operadores de servicios como *Google* y *Dailymotion*, ya que, si para éstos el coste derivado de la implementación de técnicas de filtrado era fácilmente soportable, no lo era así para una empresa de nueva creación. Dicho argumento no es, sin embargo, suficiente para explicar por qué motivo los titulares de derechos han de soportar una protección menor cuando una empresa trata de instalarse en el mercado<sup>1080</sup>.

**539.** En todo caso, el considerando nº 67 establece una cláusula de salvaguarda de los intereses de los titulares de derechos al afirmar que “el régimen específico aplicable a los nuevos prestadores de servicios con un volumen de negocios y una audiencia reducidos debe beneficiar a las empresas realmente nuevas, por lo que debe dejar de aplicarse tres años después de la fecha en que sus servicios comenzaran a estar disponibles en línea en la Unión. Ese régimen no debe ser objeto de abuso mediante arreglos dirigidos a extender sus beneficios por más tiempo que los tres primeros años. En particular, este régimen no debe aplicarse a servicios de nueva creación o a servicios prestados con un nuevo nombre pero que continúan la actividad de un prestador de

---

<sup>1077</sup> M. VIVANT, “Une responsabilité *ad hoc* pour les sites de partage...”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>1078</sup> A. BENSAMOUN, “L’article 17 de la directive “Digital Single Market”...”, *op. cit.*, nº 7.

<sup>1079</sup> P. SIRINELLI, “Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne”, *op. cit.*

<sup>1080</sup> Como afirma E. Treppoz, “dicho de otro modo, el respeto del derecho de autor dañaría la libertad de empresa”: E. TREPPOZ, “La difficile poursuite de l’harmonisation législative du droit d’auteur en Europe”, *RTD Com.* 2019, p. 919.

servicios para compartir contenidos en línea ya existente que no podía beneficiarse de ese régimen o que ya había dejado de hacerlo”.

## **2. Las disposiciones para favorecer los “derechos” de los usuarios**

**540.** Uno de los argumentos más invocados en contra de las medidas establecidas en el artículo 17 de la Directiva 2019/790 residía en su supuesta incompatibilidad con el ejercicio de determinadas excepciones al derecho de autor y, en última instancia, con el ejercicio de la libertad de expresión<sup>1081</sup>. Nuevamente, las técnicas de filtrado y de reconocimiento de contenidos quedaban puestas en el punto de mira. Esta vez, los detractores del texto las calificaban como “máquinas de censura” (*censorship machines*), trasladándose así el debate hacia el terreno del respeto del derecho a la libertad de expresión. Esta es una manifestación más de la tendencia actual a una instrumentación, muchas abusiva y desmesurada, de ciertos derechos fundamentales como son la libertad de expresión, la libertad de información o el derecho a la cultura en contra del derecho de autor<sup>1082</sup>. Éste último tiende a garantizar una protección adecuada de los intereses de los autores. Se puede criticar que dicha protección pueda, en algunas ocasiones, resultar excesiva, pero de ningún modo hay que confundirla con la censura política.

Al mismo tiempo, es cierto que el derecho de autor no pretende vivir en un régimen autarquía, y que su conciliación o equilibrio con el respeto de determinados derechos y libertades ha sido desde hace mucho tiempo vista como una necesidad. De ahí el reconocimiento de ciertas excepciones para favorecer los intereses de los usuarios de las obras. Este es también el motivo por el cual, tras establecer una serie de obligaciones a

---

<sup>1081</sup> Algunas de estas críticas han emanado del sector académico. En este sentido, *vid.*, S. STALLA-BOURDILLON, E. ROSATI *et al.*, *Open Letter to the European Commission - On the Importance of Preserving the Consistency and Integrity of the EU Acquis Relating to Content Monitoring within the Information Society*, 30 de septiembre de 2016; C. ANGELOPOULOS, *EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence*, 6 de octubre de 2016; S. STALLA-BOURDILLON, E. ROSATI, K. TURK, C. ANGELOPOULOS, A. KUCZERAWY, M. PEGUERA, M. HUSOVEC, *A brief exegesis of the proposed Copyright Directive*, 24 de noviembre de 2016; C. ANGELOPOULOS, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, enero de 2017; Max-Planck Institute for Innovation and Competition, *Position Statement on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules*, Part A, General Remarks, 27 de enero de 2017, Part G, *Use of Protected Content on Online Platforms*, 1 de marzo de 2017; European Copyright Society, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 de enero de 2017, p. 7.

<sup>1082</sup> *Vid. supra*, n° 52 y s.

cargo de las plataformas contributivas para con los titulares de derechos, el segundo apartado del artículo 13 de la Propuesta de Directiva, obligaba asimismo a estos prestadores de servicios a implementar mecanismos de reclamación y recurso a los que pudieran acceder los usuarios en caso de litigio sobre la aplicación de las técnicas de reconocimiento de contenidos. Esta previsión no fue considerada como suficiente para defender los intereses, (¿o “derechos”?) de los usuarios, y por ello la nueva redacción del artículo 17 consta de un desarrollo mucho mayor a estos efectos.

**541.** El artículo 17.7 de la Directiva *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* comienza así diciendo que la cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines, o cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación. Además, obliga a los Estados miembros a garantizar que los usuarios, al cargar y poner a disposición contenidos por medio de las plataformas colaborativas, puedan ampararse en la excepción de cita, crítica o reseña, así como en la de caricatura, parodia o pastiche.

Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, por su parte, informarán a los usuarios, en sus condiciones generales, de que pueden utilizar las obras y otras prestaciones al amparo de las excepciones o limitaciones a los derechos de autor y derechos afines establecidas en el Derecho de la Unión<sup>1083</sup>. A mayor abundamiento, el considerando nº 70 de la Directiva insiste acerca de la importancia de garantizar estas excepciones y limitaciones al derecho de autor, dotándolas de carácter obligatorio, como medio para lograr un equilibrio entre los derechos establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, además de garantizar con ello que los usuarios reciban una protección uniforme en toda la Unión. El problema que se plantea aquí no reside tanto en el hecho de dotar de carácter obligatorio a las excepciones de cita y de parodia, sino en el hecho de que ambas han sido objeto de una interpretación muy amplia en la jurisprudencia reciente – especialmente en aquella emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>1084</sup> – y ello a pesar de la existencia de un

---

<sup>1083</sup> Artículo 17.9, párrafo 4º de la Directiva *sobre los derechos de autor en el mercado único digital*.

<sup>1084</sup> STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer y Standard VerlagsGmbH et al.*: D. 2012, p. 471, obs. J. Daleau, nota N. Martial-Braz; *ibid.*, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke; *ibid.*, p. 2836, obs. P. Sirinelli; *RTD com.* 2012, p. 109, obs. F. Pollaud-Dulian; *ibid.*, p. 118, obs. F. Pollaud-Dulian; *ibid.*, p. 120, obs. F. Pollaud-Dulian; *Propr.*

principio fundamental del derecho de autor que postula que las excepciones han de ser interpretadas restrictivamente. Queda así en suspense cuál será la frontera que separará la cita de una reproducción parcial, sometida al derecho de autor.

**542.** Por otra parte, es preciso señalar la finalidad cómica o burlesca de gran parte de los contenidos que circulan por las plataformas colaborativas o contributivas (vídeos, *memes*, etc.). Es significativo, en este sentido, el lema “*save the meme*”, con el que los colectivos de usuarios de Internet han hecho campaña en contra de la adopción del actual artículo 17 durante la negociación de la Directiva. Estos usos que pretenden “hacer reír” a otros usuarios de la red, y que se sirven indiscriminadamente de fotografías, música o secuencias de vídeo protegidas por el derecho de autor, se han vuelto algo casi inherente a las redes sociales o las plataformas colaborativas de contenidos audiovisuales. Por ello, es temible que la excepción de parodia acabe abarcando sin límites cualquier obra que tenga un mínimo toque cómico o gracioso. Por supuesto, esta circunstancia a quienes realmente beneficiará es a los prestadores de servicios.

**543.** En realidad, el anhelo de los autores no está en impedir que los usuarios de las redes hagan este tipo de usos, sino en ser adecuadamente remunerados por las plataformas que permiten su difusión. Es de esperar que, apoyándose en las excepciones reconocidas a los usuarios para realizar citas o parodias de obras protegidas, los prestadores de servicios traten de reducir el ámbito de la remuneración destinada a los titulares de derechos, bajo el pretexto de que tales usos son libres. He aquí un buen ejemplo de cómo los intereses del público son, en el fondo, instrumentalizados por los prestadores de servicios en Internet para minimizar la cuantía de las remuneraciones que han de pagar a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Sería, en consecuencia, necesario aclarar si las plataformas colaborativas o contributivas resultan beneficiarias por extensión de las excepciones enumeradas y previstas para los usuarios de las mismas.

---

*intell.* 2012, n° 42, p. 30, obs. Lucas; *CCE* 2012, comm. 26, nota Ch. Caron; y STJUE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, *Deckmyn et al. y Vandersteen: D.* 2014, p. 2097, nota B. Galopin; *RTD com.* 2014, p. 815, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2016, p. 358, obs. F. Benoît-Rohmer; *CCE* 2014, comm. 82, nota Ch. Caron; *RLDI* 2014, n° 3583, nota C. Castets-Renard y n° 3599, nota Ph. Mouron; *Légipresse* 2014, n° 321, p. 604, nota N. Blanc; *Propr. intell.* 2014, n° 53, p. 393, obs. J.-M. Bruguière. Asimismo, *vid. supra*, n° 143.

**544.** Con todo, es cierto que las medidas tecnológicas no son lo suficientemente “inteligentes” como para determinar por sí mismas si un determinado uso de una obra entra dentro de los parámetros de una excepción o no. Dichos parámetros son, en todo caso, difíciles de determinar *a priori* como para confiar a un dispositivo técnico que realice la discriminación. Por este motivo, apartado 9º del artículo 17 de la Directiva obliga a los prestadores de servicios a la instauración de mecanismos de reclamación y recurso (*complaints and redress mechanisms*) ágiles y eficaces para que los usuarios puedan transmitir sus quejas respecto de las medidas tomadas en relación con sus cargas, en particular cuando puedan beneficiarse de una excepción o limitación de los derechos de autor en relación con la carga para que se ha inhabilitado el acceso o se ha retirado<sup>1085</sup>. Las reclamaciones deberán ser tratadas sin dilación indebida, y examinadas por personas físicas, excluyéndose así todo tratamiento automatizado de las mismas. Además, cuando los titulares de derechos soliciten la inhabilitación del acceso a obras u otras prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, deberán justificar debidamente los motivos de su solicitud.

**545.** Por si estos mecanismos de reclamación y recurso no resultasen suficientes, el artículo 17.7 de la Directiva obliga asimismo a los Estados miembros a garantizar la disposición de mecanismos de solución extrajudicial de litigios. Dichos mecanismos permitirán una resolución imparcial de los litigios y no privarán al usuario de la protección jurídica que ofrece el Derecho nacional, sin perjuicio de los derechos de los usuarios de emplear otros recursos judiciales eficaces. En particular, los Estados miembros garantizarán que los usuarios tengan acceso a un tribunal o a otro órgano jurisdiccional competente a fin de invocar el uso de una excepción o limitación a los derechos de autor y derechos afines.

**546.** Las disposiciones contenidas en el presente apartado del artículo 17 de la Directiva constituyen una muestra de cómo la idea de que los usuarios de las obras en Internet poseer ciertos “derechos” sobre las mismas va ganando terreno en el panorama

---

<sup>1085</sup> Este remedio ha sido criticado por no ser considerado como suficiente ya que es aplicado *a posteriori*, lo cual atenta contra los derechos de los usuarios finales. Sin embargo, es preciso preguntarse si el arbitraje entre los derechos fundamentales debe hacerse sistemáticamente en detrimento de la propiedad intelectual y dando prioridad a unos supuestos “derechos” de los usuarios. En este sentido, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Dispositions sur le transfert de valeur dans la proposition de directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique*, *op. cit.* p. 23.

del derecho de autor<sup>1086</sup>. Todo cuando consta en este artículo constituye una suerte de reconocimiento de los “derechos de los usuarios” frente a los de los titulares de derechos. El paradigma se transforma: ya no son únicamente los titulares de derechos los que necesitan mecanismos de defensa de sus intereses frente a los usos de sus obras, sino que los propios usuarios de contenidos protegidos por el derecho de autor se dotan de mecanismos para defender sus intereses, o incluso “derechos” propios, frente a los primeros.

---

<sup>1086</sup>En este sentido, *vid.* la Decisión de la Corte Suprema de Canadá que ha calificado las excepciones al derecho de autor como “derechos de los usuarios”: CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada[2004] 1 RCS 339, 2004 CSC 13.



## TITULO II: LAS IMPLICACIONES VOLUNTARIAS

**547.** Junto a la elaboración de nuevas normas de Derecho positivo, destinadas a obligar a ciertos intermediarios de las comunicaciones electrónicas a desempeñar su actividad de un modo que resulte conforme con el respeto de los derechos de autor en el entorno digital, una segunda vía a explorar consiste en la implicación de tales actores por medio de instrumentos de *soft law*. Esta expresión, que podemos traducir por Derecho “blando” o “flexible”<sup>1087</sup>, hace referencia a un conjunto de normas cuya característica común es la de incitar a adoptar un determinado comportamiento, pero sin obligar a ello.

La tendencia a la elaboración de normas flexibles o blandas surge en el ámbito del Derecho Internacional público, a lo largo de los años setenta y principios de los años ochenta. Se trata de un fenómeno que ha ido adquiriendo una importancia considerable en diversos campos del Derecho, tanto público como privado<sup>1088</sup>. En efecto, las manifestaciones del “Derecho blando” o *soft law* no dejan de multiplicarse desde hace dos o tres décadas, confiriendo a esta tendencia una amplitud creciente.

El auge del “Derecho blando” es, de hecho, considerado como uno de los hitos normativos más importantes de los últimos años<sup>1089</sup>. Esta proliferación de instrumentos de *soft law* interviene en un contexto de “crisis del Derecho” o, mejor dicho, de crisis de su capacidad regulativa<sup>1090</sup>. Ello ha provocado que la regulación de ciertas conductas, en algunas materias prescinda, de los procesos de producción legislativa que han caracterizado la concepción “estatalista” del Derecho<sup>1091</sup>. En consecuencia, la potestad normativa ya no pertenece exclusivamente a los poderes públicos, sino también a la sociedad civil, a los órganos supraestatales o a las corporaciones. Cada vez con mayor frecuencia, son las propias instancias políticas las que prefieren prescindir de las técnicas legislativas tradicionales a la hora de abordar la regulación de conductas en

---

<sup>1087</sup> En francés se habla, en este sentido, de “*droit souple*” o de “*droit mou*”.

<sup>1088</sup> El recurso al *soft law* ha resultado frecuente tanto en el ámbito del Derecho internacional y comunitario, así como, de forma creciente, en el Derecho interno. Esta tendencia se manifiesta en la actualidad en casi todas las ramas del Derecho: administrativo, mercantil, laboral, civil o del medio ambiente.

<sup>1089</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction Générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*. Tome 1, LGDJ, 5<sup>a</sup> ed., 2018, n° 131, p. 94.

<sup>1090</sup> A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° XXXII, p. 297-322, en p. 300.

<sup>1091</sup> A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° XXXII, p. 297-322, en p. 297.

determinados ámbitos. Ello se ha traducido en un cambio tanto en el proceso de producción normativa, como en el de los sujetos que intervienen en el mismo.

**548.** La expresión *soft law* remitea un conjunto de instrumentos muy diversos: Declaraciones, Circulares, Recomendaciones, Comunicaciones, Códigos de conducta o de buenas prácticas, Cartas de compromiso, Memorandos de Entendimiento, etc. Esta heterogeneidad, procede, entre otros factores, de la diversidad de fuentes que los emiten. A grandes rasgos, podemos distinguir entre un *soft law* procedente “de arriba”, y un *soft law* procedente “de abajo”, espontáneo<sup>1092</sup>. El primero es aquel que emana de fuentes públicas o institucionales (instituciones de la Unión Europea, entidades administrativas independientes), mientras que el segundo es fruto de fuentes privadas (principalmente las empresas, aunque se incluyen aquí también las normas emitidas por parte de un sector profesional, o las codificaciones doctrinales<sup>1093</sup>).

**549.** Por otra parte, el “Derecho blando” es susceptible de proporcionar elementos directores tanto de la conducta de terceros, como de la propia conducta. En ocasiones, el destinatario de una norma de “Derecho blando” es un tercero con respecto al emisor; en otras, el destinatario puede ser el emisor, o el emisor y un tercero. En este sentido, desde hace tiempo, “se habla de legislación *negociada* o *contratada*, describiendo así un proceso legislativo en el que los destinatarios de la norma no son considerados extraños – es decir, sujetos que reciben pasivamente un mandato legislativo – sino actores a los que necesariamente hay que consultar e implicar. Se trata de una tendencia difusa y generalizada, expresiva de necesidades que no pueden ser satisfechas si sólo permanecemos inmutables en el marco legislativo tradicional. De aquí el deslizamiento progresivo hacia otras formas de regulación jurídica y hacia otros sujetos de regulación, reunidos en forma de *soft law*”<sup>1094</sup>.

**550.** En definitiva, si algo caracteriza el “Derecho blando” es la palabra “pluralidad”, por cuanto éste es empleado en una pluralidad de ámbitos, procede de una pluralidad de fuentes, se materializa en una pluralidad de instrumentos y puede dirigirse a una pluralidad de destinatarios. La importancia que ha adquirido este fenómeno se

---

<sup>1092</sup>C. THIBIERGE, “Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit”, *RTD Civ.* 2003, p. 599.

<sup>1093</sup> En el ámbito que nos ocupa, podemos apuntar la existencia de un Proyecto de Código de Derecho de Autor Europeo (*European Copyright Code*), redactado en 2011 por el “Wittem Group”, una asociación de varios profesores de universidades europeas, .

<sup>1094</sup>A. REAL PÉREZ , “Presentación”in REAL PÉREZ (A.) (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010, p. 11-16, p. 22.

refleja en el Informe anual de 2013 del *Conseil d'État* francés, enteramente dedicado a esta nueva modalidad de producción normativa. Dicho informe incorpora una definición del “Derecho blando” que consta de tres criterios cumulativos. En primer lugar, los instrumentos de “Derecho blando” son aquellos que tienen por objeto modificar u orientar los comportamientos de sus destinatarias suscitando, en la medida de lo posible, su adhesión. En segundo lugar, dichos instrumentos no crean por sí mismos derechos u obligaciones para sus destinatarios y, por último, presentan, por su contenido y su modo de elaboración, un grado de formalización y de estructuración que hace que se aparenten a las reglas de Derecho<sup>1095</sup>.

**551.** Las manifestaciones de todos estos instrumentos en el ámbito del derecho de autor son numerosas y variadas. La propia Unión Europea es la que con mayor frecuencia hace uso de los mismos, combinando así la vía del Derecho duro con la del “Derecho blando”. Ésta última ha quedado plasmada en una serie de Recomendaciones, Comunicaciones, Libros Blancos y Libros Verdes, etc. Un empleo creciente de estos instrumentos ha tenido lugar en el ámbito de la lucha contra las infracciones de derechos cometidas a través de las redes digitales. Su objetivo es lograr una implicación voluntaria de los intermediarios que proporcionan un sustento técnico y/o financiero al ecosistema de las comunicaciones electrónicas, con el fin de poner freno a las infracciones masivas de los derechos de autor cometidas por medio de las redes digitales. Todo ello con el propósito último de corregir la brecha del valor que favorece a todos estos intermediarios en detrimento de los titulares de derechos de autor y derechos conexos. En este sentido, la vía del “Derecho blando” se ha materializado en una serie de compromisos o acuerdos firmados entre los representantes de los titulares de derechos, y ciertas empresas o sectores profesionales: en especial, los profesionales de la publicidad, los motores de búsqueda, las plataformas en línea en línea que permiten compartir contenidos o las empresas de pagos electrónicos.

Se habla así del origen de un Derecho “negociado”, que completa o sustituye al Derecho “legislado”, en algunos ámbitos derecho de autor. Y ello por cuanto estas nuevas normas se aproximan más a un Derecho querido y aceptado que impuesto<sup>1096</sup>. En este sentido, nuestro objeto de estudio se concentrará en aquellos instrumentos de

---

<sup>1095</sup>Conseil d'État, *Rapport annuel, Le droit souple*, La Documentation française, 2013, p. 1 y s.

<sup>1096</sup>A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XXXII, p. 297-322, en p. 302.

elaboración privada<sup>1097</sup>, y que adoptan la forma de un “acuerdo”, entre los titulares de derechos y los intermediarios que intervienen en el proceso de difusión de las obras en el entorno digital. Estos instrumentos se presentan bajo diferentes denominaciones: códigos de buenas prácticas o códigos de conducta, cartas de compromiso (en francés, *chartes*), *memorandum of understanding*, etc.

Como ya hemos afirmado, estos instrumentos tienen en común el hecho de que, en principio, no crean obligaciones jurídicas. Quedarán, por tanto, excluidos de nuestro análisis los acuerdos concluidos de forma voluntaria entre ciertos servicios o plataformas y los titulares de derechos, y que no son otra cosa que auténticos contratos de cesión de derechos. Tales contratos han sido hasta el momento muy escasos pues como ya se vio en el capítulo anterior<sup>1098</sup>, la interpretación extensiva por parte de la jurisprudencia de la categoría de prestador de servicios de alojamiento de datos (art. 14 de la Directiva 31/2000/CE), ha hecho que ciertas plataformas de tipo colaborativo como *YouTube*, queden amparadas por este régimen de exoneración de responsabilidad.

**552.** En definitiva, el recurso a los instrumentos de “Derecho blando” ocupa un lugar creciente en el ámbito del derecho de autor, y son el símbolo de un nuevo equilibrio que los titulares tratan de alcanzar por ellos mismos, mediante la firma de acuerdos de cooperación con ciertos prestadores de servicios del entorno digital. De manera especial, estos instrumentos se han multiplicado en el ámbito de las infracciones de derechos por medio de las redes digitales (Capítulo 1º). Tras un análisis detallado de su contenido, procederemos a la evaluación de estos instrumentos en este ámbito jurídico (Capítulo 2º).

---

<sup>1097</sup>Ch. JUBAULT, “Les “codes de conduite privés” in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, Dalloz, coll. “Thèmes et commentaires”, 2009, p. 27-37, p. 28.

<sup>1098</sup>*Vid. supra*, nº 486.

## Capítulo 1: La multiplicación de los instrumentos de *soft law* en el derecho de autor

**553.** La aparición de innumerables nuevos usos ilegales en línea, unida a la presencia de nuevos actores involucrados, de forma más o menos directa, en el proceso de transmisión de las obras en línea ha hecho que sean necesarios importantes cambios en el modo y el contenido de la producción normativa. Una de las vías recientemente explorada en el ámbito del derecho de autor ha sido la del llamado “Derecho blando” o *soft law*, la cual ha favorecido una concepción “dialogada”<sup>1099</sup> de las normas entre las partes interesadas. Si bien el recurso al *soft law* puede manifestarse en varios de sus ámbitos, estos instrumentos han tenido un desarrollo particular en el contexto de la lucha contra las infracciones de derechos cometidas por medio de las redes digitales.

**554.** El empleo de instrumentos de “Derecho blando” en este campo se ha materializado, en gran medida, en normas elaboradas voluntariamente por las propias partes interesadas. Estas reglas tienen una connotada dimensión ética, rasgo propio de los mecanismos de “autorregulación”. Se habla así de “códigos de conducta”<sup>1100</sup>, de *chartes* o cartas de compromiso, pero también de códigos de “buenas prácticas” o de “cartas éticas” (en francés, *chartes éthiques*), para designar algunos de los múltiples instrumentos que entran dentro de la categoría del *soft law*. Todos ellos, con independencia de su denominación, tienen en común el hecho de prescribir comportamientos precisos, con el fin de instaurar una buena práctica o un determinado procedimiento, incluyendo, además, con frecuencia, un recordatorio del necesario respeto de ciertos valores fundamentales. En el supuesto que nos ocupa, estos valores se fundamentan en el necesario respeto de los derechos de autor y derechos afines como medio para asegurar la pervivencia de la creación, así como, en ocasiones, la necesaria protección del consumidor, para que éste no se vea conducido inoportunamente hacia productos falsificados o contenidos ilegales.

---

<sup>1099</sup> A. BENSAMOUN, “Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 182.

<sup>1100</sup> Siguiendo la definición de A. REAL PÉREZ, entendemos por “códigos de conducta” las reglas de comportamiento no exigidas por la ley, pero voluntariamente establecidas por los interesados, quienes dan publicidad a su compromiso de actuar conforme a esas reglas: REAL PÉREZ (A.), “Presentación” in REAL PÉREZ (A.) (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010, p. 11-16, p. 13.

El recurso al *soft law* en este contexto, pretende implicar en la lucha contra las infracciones de derechos a los diferentes sujetos que intervienen en el ecosistema de la circulación de las obras en línea, especialmente a aquellos que, conforme al Derecho vigente, no pueden ser considerados como responsables de tales infracciones<sup>1101</sup>. Y ello porque, participando de forma más o menos directa en la difusión, localización o financiación de obras protegidas sin la autorización de los titulares de derechos, estos actores consiguen captar una parte del valor asociado a tales obras. En consecuencia, el recurso al *soft law* en este contexto tiene como fin último corregir la transferencia del valor que actúa en favor de estos intermediarios, y en detrimento de los intereses de los titulares de derechos. Además, como ya se vio en el capítulo dedicado a la “acción de cesación”<sup>1102</sup>, algunos intermediarios de las comunicaciones electrónicas, a pesar de no ser responsables, pueden desempeñar un papel importante en la reducción de la magnitud de la infracción. De hecho, algunas de las medidas incluidas en los instrumentos de “Derecho blando” coinciden con las medidas acordadas en sede de cesación. Lo que se pretende con el recurso al *soft law* es que este tipo de medidas sean adoptadas con carácter preventivo, y no *a posteriori*, una vez que la infracción ya se ha cometido, evitando además con ello el recurso a un procedimiento judicial por el cual se ordene la adopción de dichas medidas.

**555.** Con carácter previo a un análisis detallado del contenido de los instrumentos de “Derecho blando” concluidos en el ámbito del derecho de autor (Sección 2ª), nos referiremos a las iniciativas de promoción del “Derecho blando” en este campo jurídico (Sección 1ª).

## **Sección 1ª: La promoción del “Derecho blando” en el derecho de autor**

**556.** El recurso al “Derecho blando” ha supuesto un importante cambio de paradigma en el marco de la elaboración de las normas jurídicas. Este cambio se traduce en el paso a una norma que no es impuesta, sino elegida, ya que emana de las propias

---

<sup>1101</sup> A. BENSAMOUN y C. ZOLYNSKY, “La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l’implication des prestataires techniques”, *RLDI* n° 75, octubre 2011, p. 59-65, en p. 61: “El objetivo de estas iniciativas negociadas – europea y francesa – es claramente de lograr una implicación voluntaria de los prestadores [de servicios], fuera de toda cuestión de calificación” (traducción propia).

<sup>1102</sup> *Vid. supra*, n° 320 y s.

partes implicadas o interesadas, un Derecho, en definitiva, “negociado” y no “legislado”.

**557.** Diversas son las instancias desde las cuales se ha promovido el recurso al “Derecho blando” en varias ramas del Derecho. Se trata, pues, de una tendencia generalizada (§1), que ha tenido una manifestación particular en el ámbito del derecho de autor (§2).

## **§1. La promoción del “Derecho blando”, una tendencia generalizada**

**558.** Analizar la promoción del “Derecho blando” en el ámbito del Derecho de autor requiere, con carácter previo, un estudio de las circunstancias que han llevado a su empleo en otras ramas jurídicas. La promoción de la *soft law* es, en efecto, una tendencia generalizada que supone una evolución de la producción normativa, y consiste básicamente en un proceso de “descentralización”. Ello supone el fin del monopolio de la Ley y/o de su producción exclusiva por los poderes públicos. Entidades privadas, como son las empresas, a veces reunidas bajo un mismo sector profesional, se convierten así en actrices o creadores de las normas que van a regir sus propias conductas, tanto internamente, como en su relación con terceros o con el conjunto de la sociedad. Estos instrumentos, fruto de la elaboración de entidades privadas, como son las cartas de compromiso (en francés, *chartes*), o los códigos de conducta, se presentan como herramientas privilegiadas de las iniciativas en favor de la ética de los negocios y de la responsabilidad social de las empresas<sup>1103</sup>.

**559.** Una de las entidades que más ha impulsado el recurso a los instrumentos de *soft law* ha sido la Unión Europea. La misma se ha mostrado, en este sentido, muy activa en la promoción de una serie de cambios o mejoras en la producción normativa, sugiriendo así desde la realización de consultas con las partes interesadas y/o la sociedad misma, hasta la elaboración de la norma por las partes interesadas, es decir, el paso a unas normas hechas por y para sus destinatarios. Todo ello por medio de una serie de Comunicaciones o Acuerdos Institucionales, cuyas líneas principales se describen a continuación.

---

<sup>1103</sup>N. BRONZO, “Les chartes de propriété intellectuelle, ¿un instrument d’avenir?”, *Propriétés intellectuelles* n° 67, abril 2018, p. 20-24, en p. 20.

En el año 2002, la Comisión Europea emitió una primera Comunicación titulada “La gobernanza europea: legislar mejor”<sup>1104</sup>. En ella presentó hasta tres Comunicaciones con la finalidad de mejorar la manera de legislar. Una de ellas<sup>1105</sup>, trataba de reforzar la cultura de consulta y de diálogo en la Unión Europea, promoviendo una mayor participación de las partes interesadas en la construcción de la norma.

Estas Comunicaciones de la Comisión fueron seguidas de un Acuerdo Interinstitucional<sup>1106</sup> que reconocía la utilidad de emplear mecanismos de regulación alternativos. Dichos mecanismos son, en primer lugar, la “co-regulación”<sup>1107</sup> y, en segundo lugar, la “autorregulación”<sup>1108</sup>. En este sentido, el mencionado Acuerdo pretendía, entre otras cosas, potenciar la coordinación interinstitucional y la transparencia mediante la creación de un marco estable para el empleo de instrumentos de legislación “blanda”, con el objetivo de mejorar la calidad de la legislación, pero dejando también claro que estas técnicas normativas “alternativas” no serían aplicables en las cuestiones que afecten a los derechos fundamentales, cuando se trate de opciones políticas importantes, o en situaciones en que deban aplicarse uniformemente las normas en todos los Estados miembros.

Por su parte, la Comunicación “Normativa inteligente en la Unión Europea”<sup>1109</sup> de 2010 reafirmaba que las consultas con las partes interesadas y los análisis de impacto son elementos esenciales del proceso normativo, pues contribuyen a un aumento de la transparencia y la responsabilidad, y favorecen la elaboración de políticas a partir de elementos concretos. Sugería, en este sentido, reforzar el papel de los ciudadanos y otras partes interesadas en la elaboración de políticas.

---

<sup>1104</sup> COM (2002) 275 final, *La gobernanza europea: legislar mejor* (Bruselas, 5 de junio de 2002)..

<sup>1105</sup> COM (2002) 704 final, *Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo - Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas* (Bruselas, 11 de diciembre de 2002).

<sup>1106</sup> Acuerdo Interinstitucional “Legislar mejor” (2003/C 321/01).

<sup>1107</sup> “Se entiende por co-regulación el mecanismo por el que un acto legislativo comunitario habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)”: ap. 18 del Acuerdo institucional “Legislar mejor” (2003/C 321/01).

<sup>1108</sup> “Se entiende por autorregulación la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten para sí directrices comunes de ámbito europeo (en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales)”: ap. 22 del Acuerdo institucional “Legislar mejor” (2003/C 321/01).

<sup>1109</sup> COM (2010) 543 final, *Normativa inteligente en la Unión Europea* (Bruselas, 8 de octubre de 2010).



La voluntad política de mejorar la calidad del procedimiento legislativo, reexaminar las legislaciones y actualizarlas cuando ello sea necesario es también un objetivo compartido por las tres grandes instituciones de la Unión Europea: la Comisión, el Parlamento y el Consejo. En este contexto fue firmado, en abril de 2016, un acuerdo sobre la mejora de la reglamentación entre las tres instituciones. Dicho acuerdo reitera la importancia de que estas instituciones recurran a las consultas con las partes interesadas y a los análisis de impacto como medio para “Legislar Mejor”<sup>1110</sup>.

**560.** En definitiva, la Unión Europea se ha mostrado ampliamente favorable a la introducción de mecanismos de consulta e implicación de las partes interesadas en la elaboración de las normas que han de regir sus propias conductas. Esta tendencia ha tenido una manifestación particular en el ámbito de la lucha contra las infracciones de los derechos de propiedad intelectual.

## **§2. La promoción del “Derecho blando” en el ámbito de las infracciones de derechos en línea**

**561.** La promoción del recurso a mecanismos de “Derecho blando” ha tenido una manifestación especial en el ámbito de la propiedad intelectual. En lo que al derecho de autor se refiere, el empleo creciente de estos instrumentos se presenta como una posible solución a las complejidades que plantea la evolución tecnológica y digital. A modo de ejemplo, y ante la duda de si el préstamo de libros electrónicos podría quedar o no amparado por la excepción de préstamo<sup>1111</sup>, el Ministerio de Cultura francés impulsó la firma de un acuerdo entre los diferentes actores de la cadena de creación y difusión del libro (autores, editores y bibliotecas), con el fin de crear un marco estable para el desarrollo del préstamo de libros digitales en las bibliotecas públicas<sup>1112</sup>. En el mismo sentido, ha sido recientemente encomendada al CSPLA francés la elaboración de una

---

<sup>1110</sup> Acuerdo Interinstitucional de 13 de abril de 2016 *sobre la mejora de la legislación*. Vid. también, en este sentido, el programa “Legislar mejor: por qué y cómo” que resume las iniciativas y acciones en este campo: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how\\_es](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_es).

<sup>1111</sup> Vid. sin embargo la STJUE de 10 de noviembre de 2016 que ha extendido la excepción de préstamo a los libros electrónicos, siempre y cuando se den determinadas condiciones (*supra*, nº 262).

<sup>1112</sup> *Recommandations pour une diffusion du livre par les bibliothèques publiques*, diciembre de 2014. Este acuerdo desembocó en un dispositivo interprofesional denominado “Prêt national en bibliothèque”, puesto en marcha en el año 2014, para favorecer el acceso a la lectura digital en las bibliotecas públicas.

*charte* para la impresión 3D, debido al riesgo de mala utilización de este avance tecnológico y el daño que puede ocasionar a los titulares de derechos<sup>1113</sup>. Es, no obstante, en el ámbito de las infracciones cometidas en línea en donde estos instrumentos han tenido, hasta el momento, un mayor desarrollo.

**562.** La conclusión de cartas de compromiso o de códigos de conducta en el ámbito de la Propiedad intelectual ha sido, ante todo, promovida por parte de las instituciones de la Unión Europea. Así, al lado de la instauración de una serie de reglas jurídicas para hacer frente a la vulneración de los Derechos de Propiedad Intelectual – principalmente por medio de la Directiva 2004/48/CE de 29 de abril de 2004 – la Comisión, ha propuesto la exploración de nuevas vías, entre ellas la conclusión de acuerdos voluntarios entre las partes interesadas, una tendencia que también han seguido el Consejo y el Parlamento Europeo.

En este sentido, la Resolución del Consejo *sobre un plan europeo de lucha global contra la piratería* del año 2008<sup>1114</sup>, invitó a la Comisión a la creación de un observatorio europeo de la falsificación y la piratería, como medida para completar el marco reglamentario existente con medidas no legislativas. Asimismo, sugirió a la Comisión y a los Estados miembros que presentaran “propuestas adecuadas para favorecer asociaciones entre sector público y sector privado para luchar contra la falsificación y la piratería, para recomendar buenas prácticas relativas, en particular, a la venta en Internet y para promover la colaboración entre profesionales”.

Como respuesta a esta Resolución, la Comisión emitió una Comunicación el 11 de septiembre de 2009 con el título *Mejorar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior*<sup>1115</sup>. En ella, se informaba de la creación de un Observatorio que serviría como órgano central para recopilar, supervisar y comunicar información relativa a todas las violaciones de derechos de propiedad intelectual. La Comisión señalaba, además, que dicho Observatorio debería desempeñar “un papel mucho más amplio, convirtiéndose en una plataforma a partir de la cual los

---

<sup>1113</sup>Vid. en este sentido la *Lettre de mission sur l'élaboration d'une charte de bonnes pratiques en matière d'impression 3D* consultable en: <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-l-elaboration-d-une-charte-de-bonnes-pratiques-en-matiere-d-impression-3D..>

<sup>1114</sup>Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 2008 *sobre un plan europeo de lucha global contra la piratería* (2008/C 253/01).

<sup>1115</sup>Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 2009, *Mejorar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior* (COM/2009/0467 final).

representantes de las autoridades nacionales y los interesados puedan intercambiar ideas y experiencias sobre buenas prácticas, desarrollar estrategias conjuntas de lucha contra las infracciones y formular recomendaciones a los responsables políticos”.Carente aún de un enfoque específicamente centrado en el Derecho de autor, esta Comunicación alude a todo tipo de mercancías falsificadas que puedan afectara la salud y la seguridad de cualquier ciudadano europeo, tales como medicamentos, productos alimenticios, cosméticos o de higiene, equipos técnicos o electrónicos o piezas de repuesto de automóviles. En este sentido, considera que debe alentarse a los titulares de derechos y demás interesados a explotar el potencial de los planteamientos basados en la colaboración y a poner mayor empeño en aunar esfuerzos para combatir la falsificación y la piratería en aras del interés común, aprovechando también, en la resolución de litigios, las posibles alternativas a los procedimientos judiciales. En consecuencia, considera que los acuerdos voluntarios para combatir la falsificación y la piratería pueden ofrecer a los interesados la flexibilidad necesaria para adaptarse con rapidez a los nuevos avances tecnológicos. Este planteamiento capacita, además, a los propios interesados para definir medidas óptimas, en particular soluciones técnicas. Por otra parte, señala que los acuerdos voluntarios pueden ampliar su alcance más allá de la Unión Europea con mayor facilidad y convertirse en el cimiento de buenas prácticas en la lucha contra la falsificación y la piratería a escala mundial.

Años más tarde, una nueva Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015<sup>1116</sup>,destacó la importancia que revisten los acuerdos sectoriales y las guías de buenas prácticas para combatir la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, instando a los operadores del sector a que intercambien información sobre las plataformas que dan acceso a contenidos infractores, así como a que adopten medidas coordinadas y proporcionadas, como «aviso y cierre», para reducir los ingresos generados por dichos contenidos y plataformas. Afirma, no obstante, que tales medidas no deben incluir el bloqueo no autorizado judicialmente de sitios web (ap. 17). Por otra parte,acoge favorablemente el planteamiento consistente en privar a los infractores de los derechos de propiedad intelectual de sus ingresos económicos mediante convenios entre los titulares de los derechos y sus interlocutores; además de apoyar la elaboración de memorandos de entendimiento como medidas jurídicas no vinculantes para luchar

---

<sup>1116</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, *Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE* (2014/2151(INI)).

contra la falsificación y la piratería(ap. 19). Por lo que al sector cultural y creativo se refiere, el Parlamento afirma que ha de fomentarse la cooperación, también sobre la base de la autorregulación, entre titulares de derechos, autores, operadores de plataformas, intermediarios y consumidores finales con objeto de detectar en una fase temprana posibles vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual. Por último, subraya que, en un futuro próximo, la Comisión habrá de evaluar la eficacia de dicha autorregulación, y que podría resultar necesario adoptar medidas legislativas adicionales (ap. 22).

Pocos meses después, en una Comunicación de 9 de diciembre de 2015, titulada *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*<sup>1117</sup>, la Comisión Europea señalaba que una respuesta eficaz a los retos que plantea la circulación ilegal de las obras en línea requiere un esfuerzo renovado y una posible revisión de algunos aspectos del marco jurídico vigente. En particular, apoya el método *follow the money* (“seguir la pista del dinero”) y que consiste en privar a quienes cometan infracciones de los derechos de propiedad, de los flujos de ingresos que les permiten desarrollar su actividad (por ejemplo, los ingresos procedentes de la publicidad, o de un pago directo por parte de los consumidores). Para ello propone un enfoque de autorregulación, mediante acuerdos entre las partes interesadas, afirmando que “los códigos de conducta a nivel de la Unión Europea podrían recibir un respaldo legislativo, si fuera necesario para garantizar su plena eficacia”.

Posteriormente, el 28 de septiembre de 2017, la Comisión emitió una nueva Comunicación centrada en la responsabilización de las plataformas en línea<sup>1118</sup>. En ella, afirma que dichas plataformas constituyen el principal punto de acceso a la información y a otros contenidos, y que resulta preocupante la cantidad de contenidos ilícitos que puede publicarse y difundirse en línea. Más allá de los contenidos protegidos por un derecho de propiedad intelectual, la Comunicación hace referencia a todos aquellos contenidos de incitación al terrorismo, a los discursos xenófobos y racistas, o a aquellos que promueven el odio o los abusos sexuales infantiles. En este sentido, considera que la detección y retirada de contenidos ilícitos en línea representa un urgente desafío para la sociedad digital de nuestros días. Por ello, las plataformas deben redoblar su empeño

---

<sup>1117</sup>Comunicación de la Comisión, de 9 de diciembre de 2015, *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, COM (2015) 626 final.

<sup>1118</sup>Comunicación de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017, *Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea*, COM (2017) 555 final.

por dar solución a estos problemas. La Comisión reconoce que la Unión Europea ha reaccionado ya al reto que representan los contenidos ilícitos en línea, y ello a través de medidas tanto obligatorias como no obligatorias. Las medidas legislativas, vigentes o propuestas, se ven así completadas por otras medidas no legislativas (por ejemplo, en el ámbito de la propiedad intelectual, con el Memorándum de entendimiento sobre la venta de mercancías falsificadas). Entre otras medidas, fomenta las iniciativas de autorregulación. Con ello anima a las plataformas a adoptar medidas proactivas eficaces para detectar y retirar contenidos ilícitos en línea, a recurrir al empleo a tecnologías de detección automática y filtrado; a prevenir la reaparición de contenidos ilícitos; o a adoptar medidas contra los infractores reincidentes.

**563.** Estos textos proporcionan, en definitiva, una visión de cómo las instituciones europeas han promovido activamente el empleo del “derecho blando” como un recurso eficaz en el ámbito de la propiedad intelectual. Y si bien su empleo es preconizado en presencia de violaciones de derechos en el entorno en línea, la reciente *Directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*<sup>1119</sup>, fomenta también el recurso a las técnicas de “Derecho blando” como medio para completar ciertas obligaciones legales. En este sentido, su artículo 3.4 anima a los Estados miembros a alentar a los titulares de derechos, organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural a “trabajar juntos” para establecer las “mejores prácticas comunes” para la definición de medidas concretas necesarias para el correcto funcionamiento de la excepción relativa a la minería de textos y datos con fines de investigación científica. Por otra parte, el artículo 17.10 establece que la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, organizará “diálogos entre las partes interesadas” para discutir las “mejores prácticas” en lo relativo a la cooperación entre las plataformas colaborativas y los titulares de derechos para evitar la presencia de contenidos no autorizados en línea. Asimismo, “en consulta con los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, los titulares de derechos, las organizaciones de usuarios y otras partes interesadas, y teniendo en cuenta los resultados de los diálogos con las partes interesadas”, la Comisión dictará orientaciones sobre la aplicación de las obligaciones establecidas en el artículo 17, en particular en lo relativo a la cooperación a que se refiere el apartado 4.

---

<sup>1119</sup> Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*.

**564.** Por lo que se refiere al Derecho interno, los poderes públicos franceses han apoyado y participado en la redacción de determinadas *chartes* entre los titulares de derechos y diferentes actores implicados en la circulación y/o venta de contenidos falsificados en línea. Además, en su reforma de 2014, el legislador español, añadió un nuevo apartado en el TRLPI según el cual “podrán desarrollarse códigos de conducta voluntarios en lo referido a las medidas de colaboración de los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad previstas en este artículo” (art. 195.8 TRLPI). La redacción de esta disposición ha sido recientemente modificada añadiéndose un nuevo inciso según el cual “La Administración podrá promover la elaboración de dichos códigos”.

**565.** El recurso al “Derecho blando”, ha sido igualmente objeto de ciertas propuestas doctrinales entre las que podemos destacar, en Francia, los Informes “Lescure”<sup>1120</sup> e “Imbert-Quaretta”<sup>1121</sup>. El Informe “Lescure” sugiere el recurso a medidas de “Derecho blando” para hacer frente a la vulneración de derechos lucrativa en Internet. Considera que los responsables de este tipo de páginas web deberían ser el primer blanco de una política de protección del derecho de autor en Internet. Y si bien el arsenal penal existente ofrece ya un conjunto de instrumentos necesarios para perseguir y sancionar este tipo de prácticas, las persecuciones contra las páginas web infractoras se enfrentan a algunos límites inherentes a la lucha contra la cibercriminalidad en todas sus formas: la dimensión internacional de ésta y la falta de cooperación entre los Estados; la movilidad prácticamente instantánea de los contenidos, la dificultad en la búsqueda de pruebas o para identificar a la persona responsable. En consecuencia, sugiere una mayor implicación de los intermediarios técnicos y financieros que conforman el “ecosistema Internet” (prestadores de servicios de alojamiento, motores de búsqueda, servicios de pago, actores de la publicidad en línea, etc.). Para Pierre Lescure, esta cooperación no pretende ni redefinir las reglas de responsabilidad dispuestas por la Directiva sobre el comercio electrónico, ni poner en entredicho el principio de neutralidad de la red. En consecuencia, los poderes públicos podrían promover, además de encuadrar, una autorregulación basada en compromisos voluntariamente asumidos por las diferentes categorías de intermediarios. Esta labor consistiría, por un lado, en

---

<sup>1120</sup>P. LESCURE, *Mission “Acte II de l’exception culturelle”. Contributionaux politiques culturelles à l’ère numérique*, tome mai 2013.

<sup>1121</sup>M. IMBERT-QUARETTA, *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne*, Rapport, mai 2014.

coordinar la adopción de códigos de buenas prácticas, mediante los cuales se definirían los procedimientos de intercambio de información entre los actores, y la naturaleza de las medidas preventivas o reactivas que los intermediarios se comprometen a adoptar con respecto a los sitios culpables de las infracciones repetidas al derecho de autor. Esta forma de autorregulación, enmarcada por los poderes públicos, ofrecería así una mayor plasticidad y reactividad con respecto a la instauración de nuevos dispositivos de carácter coercitivo. Además, permitiría adaptar las soluciones en función de la evolución de la tecnología y de los usos de la misma. Por último, evitaría también el recurso sistemático al Juez, que implica procedimientos largos y costosos. Propone asimismo declinar esta visión general con respecto a cada una de las categorías de intermediarios<sup>1122</sup>.

Por su parte, el informe “Imbert-Quaretta”<sup>1123</sup> se adscribe a la denominada corriente *follow the money*, fomentando la conclusión de cartas de compromiso con los actores de la publicidad y las empresas de pagos electrónicos con el fin de privar de recursos financieros a las páginas web dedicadas a las vulneraciones de derechos a gran escala en Internet.

**566.** En definitiva, tanto las instancias europeas, como los poderes públicos nacionales y hasta la propia doctrina, han sugerido diferentes iniciativas para promover el recurso a los instrumentos de “Derecho blando” en el ámbito de las infracciones de derechos de autor en línea. Dichas iniciativas se han materializado en una serie de instrumentos cuyo contenido concreto pasamos a analizar a continuación.

## **Sección 2ª: El contenido de los instrumentos de *soft law* en el ámbito de las infracciones de derechos en línea**

**567.** El recurso a los instrumentos de “Derecho blando” en el ámbito del derecho de autor ha ido ganando en importancia en los últimos años. Corresponde, pues, realizar un estudio detallado del contenido de los instrumentos de *soft law* firmados entre los titulares de derechos y ciertos intermediarios de las comunicaciones electrónicas con el fin de hacer frente a las infracciones masivas de derechos en línea, al ser éste el campo

---

<sup>1122</sup>P. LESCURE, *Mission “Acte II de l’exception culturelle”...*, op. cit., p. 34-35.

<sup>1123</sup>M. IMBERT-QUARETTA, *Outils opérationnels de prévention...*, op. cit., p. 5 y s.

en el que han tenido un mayor desarrollo. Este tipo de códigos de conducta o cartas de compromiso son susceptibles de ser concluidos por o con actores que desempeñan funciones diversas y variadas dentro del ecosistema de circulación de las obras en línea. Por este motivo, el contenido concreto de estas cartas, y los compromisos que crean, varían en función de la cualidad del prestador con el cual son concluidos. Junto a estos elementos que podemos llamar “específicos” (§1), podemos, asimismo, detectar una serie de elementos “comunes” o “transversales” a estos instrumentos de “Derecho blando” (§2).

## **§1. Los elementos específicos**

**568.** Por “elementos específicos” de los diversos instrumentos de *soft law* elaborados para hacer frente a las infracciones de derechos en línea nos referimos al contenido concreto de los compromisos que las partes acuerdan adoptar. Los mismos se traducen en una serie de medidas propicias para frenar la expansión de la circulación ilegal en línea de los contenidos protegidos por el derecho de autor y los derechos afines. Se trata de obligaciones de medios, voluntariamente asumidas por determinados actores que participan en el ecosistema de las comunicaciones digitales. Es decir, no se les pide, ni se comprometen, a erradicar por completo las infracciones de los derechos de propiedad en línea, sino únicamente desplegar una serie de medios que pueden contribuir a frenar o reducir la magnitud de tales infracciones.

El abanico de medidas susceptibles de ser adoptadas es amplio, y dependerá, como es lógico, de la función que desempeñe el intermediario con quién el instrumento de “Derecho blando” es concluido. A grandes rasgos, podemos distinguir dos tipos de intermediarios: aquellos que aportan un sustento técnico o tecnológico a la difusión o localización de las obras en línea (A), así como aquellos que proporcionan un sustento financiero (B).



## **A. En los acuerdos concluidos con determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información**

**569.** Los acuerdos concluidos con determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información, son los que presentan un contenido más variado, ya que los compromisos que están dispuestos a asumir dependen lógicamente de la actividad que desempeñe el prestador de servicios en cuestión. En todo caso, tales medidas deberán ser “razonables”<sup>1124</sup>, tanto a nivel económico como a nivel tecnológico, teniendo en cuenta los respectivos modelos de negocios. Dentro de estos prestadores de servicios podemos distinguir, en primer lugar, los servicios de puesta a disposición de contenidos (1) y, en segundo lugar, los servicios de localización de contenidos en la red (2).

### ***1. Los servicios de puesta a disposición de contenidos***

**570.** El paso a una web contributiva o colaborativa ha permitido a los usuarios de Internet poner en línea contenidos de diverso tipo. Estas plataformas 2.0 ofrecen servicios de diversa índole<sup>1125</sup>. En lo que se refiere a la puesta en línea de contenidos protegidos por un derecho de propiedad intelectual, podemos distinguir entre las plataformas de comercio electrónico, y aquellas que dan acceso en línea a obras y prestaciones protegidas, principalmente de tipo audiovisual. Este tipo de servicios ha supuesto un daño importante para los titulares de derechos. De un lado, las plataformas de comercio electrónico han favorecido la oferta de productos de imitación de marcas comerciales, mientras que, de otro, ciertas plataformas colaborativas o contributivas han permitido un acceso ilegal a grandes cantidades contenidos protegidos por el derecho de autor<sup>1126</sup>. A mayor abundamiento, la jurisprudencia mayoritaria ha aplicado a este tipo de plataformas la exoneración de responsabilidad prevista en beneficio de los prestadores de servicios de alojamiento en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE<sup>1127</sup>. En la práctica ello ha conducido a una situación en la cual dichas plataformas únicamente han de proceder a una retirada de los contenidos infractores una vez

---

<sup>1124</sup> Expresión que figura en casi todos estos instrumentos de *soft law*, como pueden ser los *Memorandum of Understanding* firmados en Bruselas en 2011 y 2016; el *Memorandum of Understanding on Online Advertising and Intellectual Property Rights*, firmado en Bruselas en 2018; el *Code of Practice on Search and Copyright*, firmado en el Reino Unido en 2017, etc.

<sup>1125</sup> *Vid. supra* nº 481 p. 351.

<sup>1126</sup> *Vid. supra*, nº 477.

<sup>1127</sup> *Vid. supra*, nº 486 y s.

recibida una notificación por parte de los titulares de derechos. En consecuencia, el eje de los instrumentos de “Derecho blando” celebrados con estas plataformas ha consistido, ante todo, en incitar a estos actores a adoptar medidas “proactivas”<sup>1128</sup> y no sólo “reactivas”.

**571.** Las plataformas de comercio electrónico fueron pioneras en comprometerse, mediante la adopción de instrumentos de “Derecho blando”, a poner freno a la venta de mercancías de imitación o falsificación de marcas registradas. La implicación de estos actores fue relativamente sencilla si tenemos en cuenta que, a la necesaria protección de los titulares de derechos sobre la marca, se une la necesaria protección del consumidor frente a este tipo de actividades. Ello condujo a que la propia Comisión Europea impulsara la redacción de un *Memorandum of Understanding* (MoU), firmado el 4 de mayo de 2011 por diversos titulares de derechos sobre marcas comerciales y los representantes de plataformas de comercio en línea<sup>1129</sup> como *eBay*, *Amazon*, etc. Con carácter previo a este texto europeo, el *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* francés había encomendado ya a Bernard Brochand y al Profesor Pierre Sirinelli, la redacción de una *charte* con las principales plataformas de comercio electrónico. Para ello, contaban asimismo con el apoyo de los poderes públicos, en particular del *Institut National de la Propriété Industrielle* (INPI), y del *Conseil Général de l'Industrie, de l'Énergie et des Technologies*. La *Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet entre titulaires de droits de propriété industrielle et plateformes de commerce électronique* fue así firmada el 16 de diciembre de 2009<sup>1130</sup>. Este acuerdo voluntario de cooperación fue extendido posteriormente a las plataformas de anuncios de particulares en línea, así como a los operadores postales. Dos nuevas *chartes* fueron así firmadas el 7 de febrero de 2012: la *Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet entre titulaires de droits de propriété industrielle et*

---

<sup>1128</sup> A. BENSAMOUN, “Les mutations de la norme en droit d’auteur (réflexion sur les sources)”, in N. Martial-Braz, J.-F. Riffard y M. Béhar-Touchais (dir.), *Les mutations de la norme: le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011, p. 279.

<sup>1129</sup> En el año 2016, dicho MoU fue actualizado, siendo el *Memorandum of Understanding* de 21 de junio de 2016 el texto actualmente en vigor.

<sup>1130</sup> *Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet entre titulaires de droits de propriété industrielle et plateformes de commerce électronique*, de 16 de diciembre de 2009 (popularmente conocida como “Charte Brochand/Sirinelli”).

*plateformes de petites annonces sur Internet y la Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet entre titulaires de droits de propriété industrielle et opérateurs postaux*<sup>1131</sup>.

**572.** Las cláusulas que contienen estas cartas de compromiso o memorandos de entendimiento están destinadas a reforzar la cooperación entre los diferentes actores con la finalidad de detectar la presencia de productos falsificados ofertados a la venta por medio de las plataformas de comercio en línea, y retirarlos lo más rápidamente posible de tales páginas, adoptando asimismo los mecanismos técnicos adecuados para evitar la reincidencia de los infractores. A estos efectos, este tipo de acuerdos prevé la instauración no sólo de medidas reactivas, sino especialmente, de medidas preventivas. Las primeras consisten en una simplificación de los procedimientos de notificación y retirada, mediante los cuales los titulares de derechos puedan informar a la plataforma de la existencia de un producto falsificado ofertado a la venta, de forma que ésta adopte las medidas oportunas, y que consistirán principalmente en la pronta retirada del anuncio. Para ello, se prevé que las plataformas ofrezcan formularios electrónicos a los titulares de derechos, accesibles por medio de su propia página web, cuya suscripción, cumplimentación y procedimiento sean sencillos. Las notificaciones deberán limitarse a la información necesaria, como es una clara identificación tanto de la parte que denuncia la infracción, como del anuncio de un producto falsificado. Las plataformas también pueden permitir notificaciones que señalen múltiples anuncios del mismo vendedor, en tanto en cuanto las mismas contengan la información suficiente que permita la identificación de los anuncios relevantes<sup>1132</sup>. Las plataformas de comercio electrónico se comprometen a tratar esas notificaciones de modo eficiente, evitando retrasos indebidos y garantizando que las notificaciones válidas de productos falsificados supongan una pronta retirada o desactivación de tales anuncios (*take down*), así como a la adopción de medidas con respecto a sus vendedores<sup>1133</sup>.

**573.** Las medidas preventivas o proactivas, por el contrario, consisten en el empleo de herramientas técnicas de detección o filtrado. Engloban todo tipo de medios o medidas técnicas, procedimentales, automatizadas o no, adoptadas por una plataforma electrónica o el titular de derechos, destinadas a ofrecer una respuesta adecuada y a

---

<sup>1131</sup> Ambas cartas de compromiso pueden ser consultadas en: <https://www.economie.gouv.fr/signature-deux-nouvelles-chartes-lutte-contre-contrefacon-sur-internet>.

<sup>1132</sup> *Memorandum of Understanding (MoU) on the sale of counterfeit goods via Internet*, de 21 de junio de 2016, ap. 14.

<sup>1133</sup> *MoU on the sale of counterfeit goods via Internet*, de 21 de junio de 2016, ap 18.

tiempo a las ofertas productos falsificados por medio de una plataforma de comercio electrónico, antes de que la oferta quede disponible para el público general, o, tan pronto como técnica y razonablemente sea realizable, de acuerdo con los respectivos modelos de negocio. Una atención especial es prestada a los infractores reincidentes. Las medidas pueden consistir en la suspensión temporal o permanente de las cuentas tales vendedores, así como impedir nuevas suscripciones de los vendedores cuya cuenta se haya visto suprimida de modo permanente<sup>1134</sup>.

**574.** Los acuerdos hasta aquí comentados tratan de desterrar la infracción de derechos en las redes digitales, pero su campo de aplicación queda limitado a las ventas de productos de imitación de marcas registradas realizadas en las plataformas de comercio electrónico. No obstante, este modelo ha servido de inspiración para la conclusión de acuerdos similares en el ámbito del derecho de autor. Un primer ejemplo de este tipo de instrumentos lo encontramos en la conclusión de los *Principles for User Generated Content Services (UGC Principles)*<sup>1135</sup>. Este documento fue firmado el 19 de octubre de 2007 en Estados Unidos por los grandes grupos mediáticos, titulares de derechos sobre contenidos de naturaleza audiovisual (*Walt Disney, Viacom, News Corporation, CBS, NBC Universal*) y diversas plataformas *user generated content* o *user uploaded content*. (*Dailymotion, Microsoft, MySpace, Veoh.com*). El propósito común de las partes signatarias era el de establecer una colaboración entre sí que promoviese los beneficios de los servicios *UGC* en el entorno digital y, al mismo tiempo, protegiese los derechos de autor. En él se recogen una serie de buenas prácticas destinadas a regular la difusión de vídeos por medio de las plataformas colaborativas, poniendo así freno a la difusión no autorizada por los titulares de derechos sobre las obras audiovisuales por medio de las mismas. El acuerdo quedaba abierto a la adhesión de nuevos miembros, y sería aplicable en otros países, siempre y cuando no hubiese contradicción entre los términos de este acuerdo y la legislación interna. Para ello, este instrumento enumera una serie de medidas reactivas y proactivas de entre las cuales citamos, a continuación, las más significativas.

En primer lugar, el acuerdo hace hincapié la información de los usuarios. Para ello, las plataformas *user-generated-content (UGC)* se comprometen a incorporar en sus

---

<sup>1134</sup> *MoU on the sale of counterfeit goods via Internet*, de 21 de junio de 2016, ap 35.

<sup>1135</sup> *Principles for User Generated Content Services*. Foster Innovation. Encourage creativity. Thwart Infringement, 2007 (consultable en: <https://ugcprinciples.com> ).

servicios, de forma visible, información que promueva el respeto de los derechos de propiedad intelectual y desaliente a los usuarios a subir contenidos infractores. Además, durante el proceso de subida, tales plataformas deberán informar de forma prominente a los usuarios de que no está permitido subir contenidos protegidos sin la autorización de los titulares de derechos, y que, al subirlos, afirman que tal subida es conforme a los términos de uso de la plataforma. Como es lógico, los términos de uso de los servicios *UGC* deberán prohibir las subidas que infringen los derechos de autor.

Sin embargo, y dado que estas medidas de información pueden no resultar eficientes, el eje de los *UGC Principles* descansa en el empleo de herramientas tecnológicas de identificación (“*Identification Technology*”). Su propósito es el de eliminar de sus servicios todos los contenidos subidos por los usuarios, tanto de audio como de vídeo, con respecto a los cuales los titulares de derechos hayan proporcionado un material de referencia (“*Reference Material*”). Los servicios *UGC* signatarios se comprometen así a instalar medidas tecnológicas de identificación altamente efectivas, en relación con otros dispositivos tecnológicos disponibles en el mercado en el momento de su implementación, siempre y cuando éstas sean razonables. El objetivo consiste en eliminar el contenido que infrinja los derechos de autor, incluso antes de que sea accesible en línea. Estos dispositivos deberán ser actualizados de forma también razonable, teniendo en cuenta la tecnología disponible en el mercado. Este sistema de filtrado de los contenidos previamente identificados se basará en las referencias proporcionadas por los titulares de derechos para identificar los contenidos de audio y vídeo subidos por los usuarios, y deberá permitir a los titulares de derechos indicar de qué forma los contenidos aparejados deberán ser tratados. El objetivo es que el contenido sobre el cual se haya aportado el material de referencia sea bloqueado antes de que éste sea accesible al público por medio de la plataforma. Es lo que se conoce como “sistema de filtrado”. Si un titular de derechos autoriza a determinados usuarios la subida de contenido que coincide con el material de referencia proporcionado, deberá enviar al servicio *UGC* una “lista blanca” de tales usuarios.

Estas medidas, de carácter preventivo o proactivo, se complementan con una serie de facilidades puestas a disposición de los titulares de derechos para que éstos puedan notificar la presencia de contenidos infractores para su retirada. En este sentido, los servicios *UGC* se comprometen a proporcionar instrumentos de búsqueda e identificación razonables a los titulares de derechos, de manera que éstos puedan

localizar el contenido de audio o de vídeo infractor en cualquiera de las áreas del servicio, exceptuando aquellas en las que el contenido únicamente sea accesible a un pequeño número de usuarios, y no a la totalidad de los usuarios del servicio (por ejemplo, los servicios de mensajería instantánea privada entre los contactos de una red social). Estas medidas incluyen también mecanismos simplificados para enviar notificaciones de infracción a la plataforma. Dichas medidas permiten a los titulares de derechos proporcionar a los servicios de *UGC* los *URLs* que identifiquen la localización del contenido infractor. Una vez recibida la notificación, el servicio *UGC* se compromete a retirar el contenido infractor con prontitud, además de adoptar las medidas razonables para notificar a la persona que subió el contenido. En caso de recepción de una contra-notificación efectiva por parte del usuario, el servicio proporcionará una copia de la misma a la persona que denunció la infracción y, en su caso, volverá a subir el contenido, si es autorizado por la ley aplicable, o por el titular de derechos<sup>1136</sup>.

Por último, otras de sus cláusulas se refieren al equilibrio y respeto de las excepciones legales o de los usos autorizados. En este sentido, se establece que los titulares de derechos y los servicios *UGC* deben cooperar para garantizar que las tecnologías de identificación sean implementadas de manera que se establezca un equilibrio efectivo entre los legítimos intereses en bloquear el contenido infractor subido por los usuarios, y permitir los usos autorizados, así como aquellos que se ajusten al *fair use*.

**575.** Siguiendo la línea marcada por estos *UGC Principles*, fue firmado en Francia, en septiembre del año 2017, un acuerdo entre Acuerdo entre *Google* y la *Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle* (ALPA), bajo la égida del *Centre national du cinéma* (CNC)<sup>1137</sup>. Este Acuerdo *Google-ALPA-CNC* consta de dos partes: la primera de ellas pretende frenar la presencia de contenidos protegidos por el derecho de autor en la plataforma *YouTube*, mientras que la segunda atañe a la funcionalidad *Google Search* del motor de búsqueda.

---

<sup>1136</sup> El contenido de estas medidas proactivas, desplegadas en concertación con los titulares de derechos, parece haber inspirado ampliamente el contenido del artículo 17 de la Directiva 2019/790. En este sentido, *vid. supra*, n° 525 y s.

<sup>1137</sup> Los términos del acuerdo son confidenciales. Una descripción de sus líneas generales puede encontrarse en: <https://www.nextinpact.com/news/105211-piratage-ce-que-dit-laccord-signé-entre-google-et-lalpa-sous-égide-cnc.htm>.

En lo que respecta al primero de los objetivos, *Google* se compromete a poner a disposición de la ALPA su herramienta de identificación y gestión de derechos *Content ID* con el fin de que ello permita un bloqueo más rápido de los contenidos puestos en línea sin autorización de los titulares de derechos en las plataformas *user-generated content*. Este algoritmo, puesto en funcionamiento desde hace varios años por la plataforma *YouTube*, analiza de modo automático los contenidos puestos en línea por los usuarios con la finalidad de detectar si éstos corresponden a un contenido audiovisual protegido por los derechos de autor. Este dispositivo había resultado ser particularmente eficaz para efectuar controles sobre las obras y las producciones de artistas estadounidenses. Sin embargo, carecía de eficacia con respecto a las producciones de artistas franceses. Con este nuevo acuerdo, los titulares de derechos tendrán la posibilidad de añadir sus obras al filtro del algoritmo. La ALPA se compromete a utilizar, por cuenta de sus miembros que lo deseen, las herramientas de seguimiento y protección de las obras en Internet, con el fin de luchar de forma más eficaz contra la presencia de contenidos infractores en las plataformas en línea. De esta forma, la ALPA desempeña una función de ventanilla única<sup>1138</sup> para la lucha contra los contenidos ilícitos en el sector del cine, de las series y de los documentales, con la ventaja de que sus servicios quedan a disposición incluso de pequeños productores. Para ello, la ALPA se compromete a crear, con apoyo del CNC, un departamento encargado de la cooperación con *Google* y otras plataformas en línea, que asegure la puesta en funcionamiento de las herramientas de detección de contenidos infractores. Además, la Asociación se encargará de promover entre sus miembros la nueva misión que le es confiada. Ello implica la organización de talleres de formación y de formación sobre los diferentes sistemas de huellas que existen en las plataformas de vídeo en línea y su funcionamiento. Por su parte, el CNC desempeñará una misión de observador, con la posibilidad intervenir como árbitro en caso de que existan conflictos o dificultades de aplicación, si bien en estos casos su papel se limitará a emitir una simple recomendación.

Si el CNC ha confiado esta misión a la ALPA es porque él mismo posee, en virtud del *Code du Cinéma*, la función de “participar en la lucha contra las infracciones de las obras cinematográficas y audiovisuales, así como de las obras multimedia”. En

---

<sup>1138</sup> Para una descripción del funcionamiento de la ventanilla única, consultar el siguiente enlace: <https://www.cnc.fr/documents/36995/144610/Guichet+unique+Protection+des+œuvres+audiovisuelles+sur+les+plateformes.pdf/6fe821dc-206f-0067-930e-bef11a4ceb95>.

consecuencia, el acuerdo sólo tiene por objeto las obras audiovisuales, a pesar de que desde el Ministerio de Cultura se haya apelado a otros sectores a inspirarse del mismo.

**576.** En definitiva, la firma de acuerdos con las plataformas de comercio electrónico y las plataformas que permiten a los usuarios compartir obras y prestaciones protegidas en línea se ha plasmado en un conjunto de acciones a nivel preventivo y reactivo. La finalidad principal es que la plataforma se comprometa, en colaboración con los titulares de derechos, a desempeñar una labor proactiva que permita la detección de contenidos antes de su puesta en línea. A nivel reactivo, el compromiso pasa por una simplificación de los mecanismos de notificación y retirada con el fin de que el contenido infractor sea bloqueado en el menor tiempo posible. Por otra parte, y con el fin de dificultar la localización de los contenidos que se encuentran en este y otros tipos de plataformas, otra serie de acuerdos han sido firmados con los motores de búsqueda.

## ***2. Los servicios de localización de contenidos en línea***

**577.** Una segunda línea de acción para poner freno a la circulación y el acceso ilegal en línea a contenidos protegidos por un derecho de autor ha consistido en la firma de acuerdos de “Derecho blando” con los servicios de localización de contenidos en línea. Por su capacidad para facilitar la localización de recursos en la web, los motores de búsqueda juegan un papel primordial en el acceso a los contenidos en Internet<sup>1139</sup>. En consecuencia, estos intermediarios pueden reducir de modo considerable el impacto del consumo ilegal mediante la supresión de las URL infractoras en los resultados de las búsquedas efectuadas por los internautas<sup>1140</sup>. Una medida menos drástica consiste en retrogradar los nombres de dominio que manifiestamente se dedican a la infracción de derechos, pues está demostrado que la mayor parte de las consultas efectuadas por los internautas no suelen ir más allá de las dos primeras páginas de resultados<sup>1141</sup>. Con ello, lo que se pretende es neutralizar los efectos de los algoritmos de clasificación empleados por los motores de búsqueda, y que sitúan automáticamente en las primeras

---

<sup>1139</sup> C. RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, “Los motores de búsqueda : el caronte de internet y su responsabilidad frente a vulneraciones del derecho de autor (una reflexión sobre la jurisprudencia en relación con la responsabilidad de los motores de búsqueda de internet )”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 740, 2013, p. 4235-4252; Th. MAILLARD, “Le(s) statut(s) des moteurs de recherche”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 177.

<sup>1140</sup> Este tipo de medidas son a menudo ordenadas judicialmente en base a la acción de cesación (*vid. supra*, nº 320 y s.).

<sup>1141</sup> CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, V.-L- Benabou, J. Farchy y C. Méadel, 2013, p. 8.



posiciones de la página de resultados los sitios web más consultados por el público. No es de extrañar que, ofreciendo la mayoría de las veces un acceso gratuito a contenidos protegidos por un derecho de propiedad intelectual, las páginas web ilegales figuren entre estos primeros resultados de la búsqueda. Otra manera de aparecer entre los primeros resultados de la clasificación es mediante el recurso a las técnicas de referenciamiento artificial<sup>1142</sup>, y que consisten en el uso de enlaces de pago o “esponsorizados”, esto es, financiados por la publicidad. Este papel decisivo en la localización de los recursos en línea hace que los motores de búsqueda, en colaboración con los titulares de derechos, puedan también ayudar a reconducir a los consumidores hacia la localización de la oferta legal<sup>1143</sup>.

**578.** Estas razones son las que condujeron, en Gran Bretaña, a la firma de un acuerdo por parte de los principales motores de búsqueda (*Google, Bing y Yahoo*) y ciertas entidades representantes de los titulares de derechos (la *British Phonographic Industry*, la *Motion Picture Association* y *The Alliance for Intellectual Property*), el 17 de febrero de 2017. El *Code of Practice on Search and Copyright*<sup>1144</sup> cuya elaboración fue impulsada por la *Intellectual Property Office* (IPO), establece una colaboración entre las partes signatarias que tiene por objeto la adopción de una serie de medidas “razonables” para reducir la presencia de sitios ilegales en las páginas de resultados de las búsquedas efectuadas por los internautas.

**579.** Concretamente, las técnicas por las cuales los objetivos del *Code of Practice* serán satisfechas son las siguientes. El eje del acuerdo descansa, en primer lugar, en la retrogradación automática de los enlaces que conduzcan a páginas web infractoras, tras la recepción de una notificación apropiada por parte de los titulares de derechos. Los motores de búsqueda trabajarán con los titulares de derechos para identificar los pasos que pueden adoptarse para acelerar la retrogradación de los nombres de dominio infractores, de manera que se reduzca el tiempo entre la primera identificación de los

<sup>1142</sup> Acerca de la distinción entre el referenciamiento “natural” y “de pago” o “artificial”, *vid.* CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>1143</sup> *Vid.* en este sentido el estudio titulado *Linkstorm* efectuado por la HADOPI, son el objeto de mejorar la visibilidad de la oferta lícita de bienes culturales desmaterializados con respecto a la oferta ilegal en los motores de búsqueda (HADOPI, *Linkstorm*, Département Recherche, Études & Veille, 13 de marzo de 2013, consultable en: [https://www.hadopi.fr/sites/default/files/import/HadopiFrD6News/files/Rapport\\_linkstorm.pdf](https://www.hadopi.fr/sites/default/files/import/HadopiFrD6News/files/Rapport_linkstorm.pdf)).

<sup>1144</sup> Consultable en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/609478/code-of-practice-on-search-and-copyright.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/609478/code-of-practice-on-search-and-copyright.pdf).

mismos y su retrogradación de los resultados principales de la búsqueda. Las partes podrán también, en adelante, desarrollar y aplicar nuevas técnicas que resulten efectivas para alcanzar este objetivo común. A estos fines, las partes interesadas se comprometen asimismo a intercambiar información, sobre una base confidencial, con el fin de lograr un mejor conocimiento acerca de la forma en que los usuarios buscan el contenido en Internet, así como para emplear las notificaciones de infracción de modo más eficiente para proceder rápidamente a la retrogradación de los nombres de dominio que claramente se dediquen a la infracción de derechos. Por otra parte, este trabajo conjunto estará igualmente dirigido a la búsqueda de técnicas de optimización de los sitios web legítimos, de manera que se incrementen las posibilidades de que tales sitios puedan figurar entre los primeros resultados de búsqueda.

En segundo lugar, otra de las medidas importantes está enfocada a evaluar la frecuencia con la que los sitios infractores que han sido sujetos a retrogradación, cambian su *top-level domain* (TLD), conservando, sustancialmente, la misma identidad. Si esta tendencia resulta lo suficientemente generalizada como para justificarlo, los motores de búsqueda y los titulares de derechos pondrán en marcha un mecanismo mediante el cual éstos últimos puedan notificar a los motores de búsqueda de este suceso. Una vez verificado, tales dominios serán retrogradados de la forma adecuada.

En tercer lugar, las partes acuerdan asimismo trabajar conjuntamente para impedir que los motores de búsqueda generen sugerencias autocompletadas, que dirijan a los consumidores hacia los sitios web infractores. Para ello se focalizarán en los términos habitualmente sugeridos a los usuarios cuando éstos realizan una búsqueda en Internet<sup>1145</sup>. Con ello se trata de eliminar los términos automáticamente sugeridos al internauta, a pesar de que éste introduzca unos términos de búsqueda neutros.

Por último, los motores de búsqueda se comprometen a proporcionar procedimientos eficaces que permitan la pronta retirada de los llamados “*links* sponsorizados”, cuando éstos conduzcan a un sitio ilegal. Estos enlaces figuran de forma separada, o son situados artificialmente por el motor de búsqueda en la parte alta de los resultados, debido a que la empresa anunciante ha pagado por ellos. El acuerdo prevé tanto su retirada, una vez recibida la notificación por parte de los titulares de derechos, como la

---

<sup>1145</sup> Por ejemplo, las palabras clave más frecuentemente asociadas a la búsqueda de una película en línea suelen ser: “*streaming*”, “descargar”, “*Torrent*”, “ver”, “película completa” o “VOD” (HADOPI, *Linkstorm*, op. cit., p. 9).

rescisión de los contratos con los anunciantes que reciban repetidas notificaciones de infracción.

**580.** En Francia, una serie de medidas similares han sido incluidas en el Acuerdo *Google-ALPA-CNC* anteriormente mencionado. Al igual que el *Code of Practice* británico, su objetivo primordial consiste en la retrogradación de los enlaces que conducen hacia sitios ilegales por medio de la herramienta *Trusted Copyright Removal Program* (TCRP). Asimismo, *Google* se compromete a impedir la compra fraudulenta de palabras clave destinadas a favorecer la visibilidad de los sitios de *streaming* o de descargas ilegales en su servicio *Adwords*.

**581.** En resumen, la firma de acuerdos de “Derecho blando” con los motores de búsqueda puede resultar una estrategia útil para reducir la localización de recursos ilegales en línea. Más allá de reducir la visibilidad de los sitios web infractores, otra medida fundamental consiste en privarles de los recursos financieros que sustentan su actividad.

#### **B. En los acuerdos concluidos con los intermediarios que aportan un sustento financiero**

**582.** Los ingresos de los sitios web ilegales, ya sean de enlaces, de descarga directa, o de *streaming*, dependen principalmente de dos fuentes: la publicidad y las suscripciones. En consecuencia, otra de las acciones para poner freno a las infracciones masivas de derechos en línea ha consistido en la firma de instrumentos de *soft law* con aquellos prestadores de servicios que proporcionan un sustento financiero a las páginas web, aplicaciones o sistemas de transmisión ilegales de ficheros en línea. En este sentido, varios son los países que ya han puesto en marcha una estrategia “*follow the money*”<sup>1146</sup>, preconizada por la Comisión Europea<sup>1147</sup>, y que consiste en una serie de medidas de drenaje de los recursos financieros de las páginas web dedicadas a la infracción de derechos de autor en línea. Su finalidad última es la de privar a estos sitios

---

<sup>1146</sup> Expresión que puede ser traducida como “seguir la pista al dinero”.

<sup>1147</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo , al Consejo , al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones , *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, COM(2015) 626 final, Bruselas, 9 de diciembre de 2015, p. 12.

y aplicaciones que infringen los derechos de propiedad intelectual de los flujos de ingresos que hacen rentable su actividad.

**583.** Dicha estrategia se apoya principalmente en una lógica de autorregulación, por medio de instrumentos de “Derecho blando”. La regulación española representa, no obstante, un caso singular, ya que en el artículo 195 TRLPI combina la lógica de autorregulación con medidas de cooperación de carácter obligatorio. El apartado 8 del mencionado artículo expone, en este sentido, que “podrán desarrollarse códigos de conducta voluntarios en lo referido a las medidas de colaboración de los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad previstas en este artículo”. El apartado 5 del mismo artículo establece, por su parte, que dentro del marco del procedimiento de restablecimiento de la legalidad, y en caso de falta de retirada voluntaria por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información que vulnere los derechos de propiedad intelectual, “la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. En la adopción de las medidas de colaboración la Sección Segunda valorará la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor”. Estas medidas tienen un carácter obligatorio por cuanto “la falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio”<sup>1148</sup>.

**584.** Fundamentalmente, el blanco de estas medidas son los actores de la publicidad en línea, así como las empresas de pagos electrónicos. En consecuencia, lo que se persigue con la estrategia *follow the money* es privar a estas aplicaciones o servicios infractores en línea de sus principales fuentes de ingresos, como son aquellos derivados de la venta de espacios publicitarios o de los ingresos derivados de los pagos directos por parte de los usuarios, cuando tales servicios no son gratuitos. El elenco podría verse ampliado si tenemos en cuenta que muchos de estos servicios se financian asimismo por la venta de los datos personales de sus usuarios. En consecuencia, podríamos pensar en otras opciones, como por ejemplo intentar que las empresas

---

<sup>1148</sup> Art. 195.5. 5º TRLPI

encargadas de la compra y venta de datos personales se abstengan de abastecerse en las páginas web dedicadas a la infracción de derechos.

**585.** Como puede observarse, las empresas o servicios cuya implicación se pretende incentivar desempeñan actividades que se encuentran, en principio, más alejadas de la infracción de derechos propiamente dicha. Sin embargo, los servicios que prestan son empleados por los actores centrales de la circulación ilegal de contenidos protegidos en línea. Con todo, no puede decirse que realicen por sí mismos ningún acto de explotación de las obras, si bien resultan indirectamente beneficiarios de dicha explotación. En este sentido, las principales motivaciones que incitan a este tipo de intermediarios a comprometerse a colaborar con los titulares de derechos son más bien la toma de consciencia del daño que las infracciones en línea suponen en el ámbito de la creación, así como el mantenimiento de una buena imagen de marca, es decir, evitar que el nombre de ciertas empresas quede asociado a la realización de actividades infractoras. Por otra parte, se considera que la presencia de publicidad de marcas comerciales notorias, así como la presencia de servicios de pagos electrónicos conocidos en las páginas web o aplicaciones que infringen los derechos de autor puede ser fuente de confusión para los consumidores. En efecto, éstos pueden creer erróneamente que el sitio web o la aplicación a la cual acceden proporciona acceso de forma legal a los contenidos protegidos por el derecho de autor.

**586.** En lo que respecta a la publicidad en línea, y como ya hemos afirmado, ésta constituye una de las principales fuentes de ingreso de los sitios web dedicados a la infracción de los derechos de autor. Por otra parte, es preciso recordar que el sector de la publicidad es uno de los que más han desarrollado la autorregulación<sup>1149</sup>. En este sentido, de entre las iniciativas nacionales en nuestro campo de estudio, destaca la *Chartedes bonnes pratiques dans la publicité en ligne pour le respect du droit d’auteur et des droits voisins* firmada en Francia el 23 de marzo de 2015.

---

<sup>1149</sup> Sobre el recurso a la autorregulación por parte del sector de los profesionales de la publicidad, Vid. M.L. MARTÍN GARCÍA, “Códigos de conducta y publicidad”, in A. REAL PÉREZ (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010, p. 85-104; J. MASSAGUER, “Aproximación a la autorregulación publicitaria”, in A. REAL PÉREZ (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica...*, op. cit., p. 105-114; J.D. GÓMEZ CASTALLO, “Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado”, in A. REAL PÉREZ (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica...*, op. cit., p. 115-138.

Por medio de este acuerdo, los representantes de los profesionales del sector de la publicidad en línea se comprometen a realizar los mejores esfuerzos para minimizar el emplazamiento de anuncios publicitarios en las páginas web que no respeten los derechos de autor y derechos vecinos. Las medidas concretas para hacer efectivo dicho compromiso consisten, en primer lugar, en la publicación de recomendaciones claras, transparentes y visibles, destinadas a impedir el establecimiento de cualquier relación comercial con los sitios web infractores. En segundo lugar, los signatarios de la Carta se comprometen a desplegar todos los medios que tengan a su alcance, según el papel y el lugar que ocupe cada uno de ellos, para evitar la difusión de publicidad en los sitios infractores. Ello incluye medidas tales como el establecimiento de una lista de direcciones *URL* de las páginas infractoras, o el despliegue de las herramientas operacionales existentes que permitan detectar y rechazar la colaboración con dichas páginas. En tercer lugar, se crea un Comité de Seguimiento, encargado de velar por el correcto funcionamiento de la Carta. Por último, las partes se comprometen a dar a la Carta la publicidad adecuada, inclusive entre el público en general, así como a fomentar la adhesión del mayor número de partes interesadas.

**587.** A nivel europeo, la estrategia *follow the money*, firmemente apoyada por la Comisión Europea, ha desembocado en la firma de un *Memorandum of Understanding on Online Advertising and Intellectual Property Rights*, en Bruselas el 25 de junio de 2018. Siguiendo el ejemplo francés, el objetivo de este *Memorandum of Understanding* (MoU) es el de minimizar la presencia de anuncios publicitarios en páginas web y aplicaciones móviles que carezcan sustancialmente de usos legítimos, ya sea por la infracción de los derechos de autor, o bien por ofertar artículos de imitación de marcas registradas a escala comercial, cuando haya información disponible al respecto, o cuya labor infractora haya sido declarada por las autoridades judiciales o administrativas, y siempre que sea técnicamente posible. También limitarán la presencia de publicidad en los sitios web o aplicaciones móviles sobre los cuales tengan indicios razonables de que infringen los derechos de autor u ofertan objetos de imitación a escala comercial. Todo ello, sin perjuicio de otras iniciativas que puedan minimizar la presencia de publicidad en tales sitios web o aplicaciones móviles.

Las partes signatarias representan a las empresas que se dedican a emplazar, comprar, vender o facilitar anuncios publicitarios en línea, así como a los titulares de derechos (anunciantes, agencias publicitarias, *trading desks*, plataformas de anuncios en línea,

mayoristas de medios digitales o *advertising networks*, plataformas automatizadas de compra y venta de espacios publicitarios; editores, y prestadores de servicios de intermediación). Más extenso y detallado que la *Charte* francesa, entre los signatarios del MoU europeo figuran no sólo las asociaciones que representan a los profesionales del sector de la publicidad (*associations*), sino también determinadas empresas, individualmente consideradas (*individual signatories*). El tipo de compromisos que éstas últimas adoptan depende de la posición que ocupan dentro del sector profesional.

Así, las partes signatarias individuales directamente responsables del emplazamiento de publicidad (“*advertisers*” o “anunciante”), se comprometen a adoptar “medidas razonables” para minimizar la presencia de publicidad en las páginas web o aplicaciones móviles infractoras. También se comprometen a asegurar que tomarán las medidas razonables para garantizar la supresión de sus anuncios, una vez tengan conocimiento de su aparición en alguna de estas páginas web o aplicaciones móviles infractoras. De la misma forma, basándose en sus propias políticas y criterios de apreciación, los anunciantes limitarán el emplazamiento de publicidad en los sitios infractores. Estas evidencias razonables podrán incluir las proporcionadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual. Los anunciantes también se comprometen a adoptar políticas de propiedad intelectual y a hacerlas públicas (información general sobre las medidas, herramientas y protecciones que adoptan para minimizar la presencia de publicidad en sitios ilegales).

En un sentido similar, las entidades especializadas en la compra y venta de espacios publicitarios (“*Advertising intermediaries*”), se comprometen, en sus relaciones contractuales, a autorizar a los anunciantes a emplear herramientas para comprobar que sus anuncios no se encuentren ubicados en sitios web infractores. Asimismo, se comprometen a suprimir los anuncios publicados por medio de sus servicios, una vez tengan conocimiento de que éstos figuran en páginas web o aplicaciones móviles infractoras. También se comprometen a adoptar políticas de propiedad intelectual (información general sobre las medidas, herramientas y protecciones que adoptan para minimizar la presencia de publicidad en sitios ilegales) y a hacerlas públicas.

Por su parte, las asociaciones que intervienen como partes signatarias se comprometen a animar a sus adherentes a abstenerse de vender, recomendar o comprar espacios publicitarios en sitios web o aplicaciones infractoras, así como a utilizar sus

servicios para ubicar la publicidad en tales sitios o aplicaciones. Por último, tales asociaciones se comprometen asimismo a fomentar que sus miembros firmen individualmente el *MoU*.

**588.** En lo que respecta a los servicios de pagos electrónicos, la involucración de los mismos mediante medidas de “Derecho blando” tiene como fin drenar los recursos financieros de los servicios de comunicación al público que contravienen de forma masiva los derechos de autor y derechos afines, cuando éstos obtienen una parte de sus ingresos a través de un pago directo por parte del internauta. A pesar de que muchas de las páginas web o aplicaciones que ofrecen contenido ilegal son supuestamente gratuitas para los usuarios, existen otras que son de pago, al menos para acceder a ciertas funcionalidades (un mayor número de contenidos puestos a disposición, mejor calidad del fichero, mayor velocidad de descarga, ausencia de publicidad, etc.). En general, persisten algunas ofertas de suscripción en los sitios de descarga, siendo éstas menos frecuentes en los sitios de *streaming*. Por otra parte, sin llegar a la suscripción mensual, algunos sitios web proponen a los consumidores realizar donaciones para poder beneficiarse de estas ventajas. Y si bien la proporción de consumidores que se suscriben a estos servicios de pago es cada vez más limitada<sup>1150</sup>, no es menos cierto los profesionales de los sistemas de pagos electrónicos desempeñan un papel esencial para la supervivencia de los servicios de contenido ilegal. Además, la presencia de servicios de pagos electrónicos conocidos (*PayPal*, *Visa*, etc.), puede inducir a los consumidores a creer que se encuentran en un sitio web seguro y que cumple con la normativa vigente sobre derechos de autor.

Por este motivo, el Gobierno francés se planteó desde un primer momento una extensión de la *Charte des bonnes pratiques dans la publicité en ligne pour le respect du droit d’auteur et des droits voisins* a los servicios de pagos electrónicos. Finalmente, en lugar de la extensión o la elaboración de una nueva *charte*, estas iniciativas desembocaron en un simple intercambio de una carta de intenciones (*lettre d’intentions*) – quizá considerado como menos comprometedor – así como en la creación de un comité de seguimiento. En el marco del plan de lucha contra la piratería de las obras en Internet, anunciado en el Consejo de Ministros el 11 de marzo de 2015, la entonces Ministra de Cultura y de la Comunicación, así como el Ministro de Finanzas, reunieron

---

<sup>1150</sup> HADOPI, *L’écosystème illicite de biens culturels dématérialisés. Les modèles économiques des sites ou services illégaux de streaming et de téléchargement de biens culturels*, janvier 2019, p. 5.



el 10 de septiembre de 2015 a los actores del Comité de seguimiento de buenas prácticas en los medios de pago en línea, poniendo así en funcionamiento la segunda fase del plan de lucha contra la piratería comercial. Este Comité reúne a los representantes de los diferentes actores de los pagos en línea<sup>1151</sup> y de los titulares de derechos<sup>1152</sup>, en un trabajo colaborativo que permite compartir las mejores prácticas para luchar contra las actividades ilícitas, y que descansan en la puesta en línea de obras sin respetar los derechos de los creadores o de los artistas. Se trata de apreciar, regularmente las buenas prácticas observadas por los medios de pagos electrónicos para promover el respeto de los derechos de autor y derechos vecinos.

**589.** Esta estrategia *follow the money* ha resultado ser bastante efectiva. Sin embargo, algunos sitios web ilegales han reaccionado ya a estas medidas buscando nuevas fuentes de ingresos. En particular, algunos prestadores de servicios de alojamiento de contenidos ilícitos han integrado a sus sitios web medios de pagos virtuales por medio de las criptomonedas del tipo de las llamadas *bitcoin*<sup>1153</sup>. Esta práctica sigue siendo por el momento marginal<sup>1154</sup>, pero pone en evidencia la necesidad de seguir avanzando en la búsqueda de soluciones, de Derecho duro o blando, que permitan poner fin a este fenómeno.

## §2. Los elementos comunes o transversales

**590.** Junto al contenido específico de cada uno de los instrumentos de *soft law* concluidos en el ámbito del derecho de autor para hacer frente a las infracciones de derechos, es posible apreciar la existencia de una serie de elementos comunes o transversales a los mismos. No nos referimos aquí a elementos necesarios o inherentes a este tipo de instrumentos jurídicos, sino de elementos cuya presencia es frecuente, y tienen una importancia considerable tanto en su elaboración, como en su puesta en funcionamiento posterior. Por una parte, es frecuente que la adopción de este tipo de instrumentos sea impulsada por los poderes u organismos públicos (A). Por otra, estos

---

<sup>1151</sup> La AFMM, la FBF, el GESTE, el GIE, así como las tarjetas bancarias *Mastercard*, *PayPal*, y *Visa Europe*.

<sup>1152</sup> ADAGP, ALPA, SNE; SELL, SNJV, SACEM, SPPF, SCP.

<sup>1153</sup> A. BENSAMOUN, “Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 182.

<sup>1154</sup> HADOPI, *L'écosystème illicite de biens culturels dématérialisés. Les modèles économiques des sites ou services illégaux de streaming et de téléchargement de biens culturels*, janvier 2019, p. 5.

instrumentos sientan las bases de una auténtica relación de colaboración o cooperación entre las partes signatarias (B).

#### **A. La impulsión por parte de las instituciones o poderes públicos**

**591.** Uno de los elementos característicos de la mayoría de los instrumentos de *soft law* elaborados en el ámbito de las infracciones de los derechos de autor es la presencia de un organismo o autoridad pública que asume voluntariamente la función depromover un acercamiento entre las partes que pueda desembocar en la firma un acuerdo entre las mismas. Ciertamente es que los códigos de conducta, o las cartas de compromiso son, a menudo, una creación espontánea por parte de los autores del texto. Es el caso de los *UGC Principles* firmados en Estados Unidos entre los titulares de derechos y ciertas plataformas colaborativas, acuerdo en cuya elaboración no tenemos constancia de la participación de ningún poder público.

Sin embargo, las partes implicadas pueden necesitar, en ocasiones, obtener el apoyo de una autoridad pública, que intervenga tanto en el proceso de elaboración de la carta, como en el seguimiento del correcto funcionamiento de la misma. Por eso, en muchas ocasiones, dichas cartas pueden ser elaboradas bajo la égida y por iniciativa de los poderes públicos. Este fenómeno, que algún autor ha calificado de “novedoso”<sup>1155</sup>, está resultando especialmente frecuente en el ámbito del derecho de autor. Así, la redacción de los *Memorandum of Understanding* de 2011, 2016 y de 2018, anteriormente comentados, fue impulsada por la Comisión Europea. En Francia, el Ministerio de Cultura ha intervenido para promover la firma de la *charte* con las empresas publicitarias, así como en la creación de un comité de seguimiento con las empresas de pagos en línea. En el mismo sentido, el Acuerdo entre Google y la ALPA fue promovido por un organismo público como el CNC, además de ser firmado en los locales del Ministerio de Cultura, y en presencia de su Ministra. De modo similar, en Reino Unido, el *Code of Practice on Search and Copyright* fue concluido con el apoyo del gobierno británico. Además, todas estas instituciones o poderes públicos suelen formar parte de Comités de seguimiento que son creados para evaluar, supervisar y facilitar la puesta en funcionamiento de este tipo de acuerdos.

---

<sup>1155</sup>A. DEBET, “Les chartes et autres usages du droit de l’internet”, *Cahiers droit de l’entreprise* n° 4, juillet 2008.

**592.** No obstante, a pesar de su intervención en la negociación, redacción, firma y seguimiento de este tipo de acuerdos, los poderes u organismos públicos se mantienen al margen, es decir, no son partes signatarias de los mismos. Pero su presencia, lejos de ser anecdótica, contribuye de forma importante a la efectividad de estos instrumentos. Como afirma P. SIRINELLI, sin una voluntad real de comprometerse, y sin un apoyo por parte de los poderes públicos, la vía del “Derecho blando” resulta bastante delicada. Y si bien, en definitiva, las soluciones adoptadas son en gran medida consensuales, la atención benevolente que prestan las autoridades públicas favorece la eclosión de tales proyectos<sup>1156</sup>. Seguramente resida aquí la razón por la cual, en España, a pesar de la incitación por parte del legislador a la elaboración de códigos de conducta con los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad (artículo 195.8 TRLPI), ningún instrumento de este tipo haya visto la luz hasta el momento. El legislador español parece haber tomado nota de esta situación, ya que la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual por medio de la Ley 2/2019 de 1 de marzo, ha añadido un nuevo inciso en el artículo 195.8 TRLPI en virtud del cual “la Administración podrá promover la elaboración de dichos códigos”. En este sentido, opinamos aquí que la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual sería la entidad apropiada para promover un acercamiento entre los diferentes actores implicados en la circulación de las obras en línea, con el fin de lograr la firma de acuerdos similares a los que ya existen en otros países del entorno europeo, como es el caso de Francia o del Reino Unido.

**593.** Además de favorecer el diálogo entre las partes, la participación de los organismos públicos contribuye a que el acuerdo sea conocido por la sociedad y facilita su transparencia, a pesar de que, en algunas ocasiones, el texto de la carta sea confidencial. Como afirma la HADOPI en su Informe de 2017 sobre los mecanismos de lucha contra las infracciones de los derechos de autor en Internet, “la intervención de la autoridad pública en ciertos países permite aportar a los signatarios de las *chartes* garantías en términos de fiabilidad y control de los sitios en cuestión, así como una mejor evaluación del impacto y de la eficacia de estas acciones”<sup>1157</sup>. De esta manera, la norma adquiere mayor solemnidad y difusión mediática, puesto que la firma, que a

---

<sup>1156</sup>P. SIRINELLI, Présentation de la charte française du 16 décembre 2009 en matière de lutte contre la cyber-contrefaçon, OMPI, Comité consultatif sur l’application des droits, Septième Session, Genève, 30 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 2011.

<sup>1157</sup> HADOPI, *Rapport de veille internationale. Analyse des différents modèles étrangers de lutte contre la contrefaçon en matière de droits d’auteur et de droits voisins sur Internet*, Juillet 2017, p. 13.

menudo tiene lugar en sitios oficiales (por ejemplo, en el Ministerio de Cultura). Todo ello alimenta, en definitiva, la impresión de legitimidad de la norma. Algunos ven esta vía como una solución para evitar el Derecho duro, que adopta, a pesar de todo, un tinte amenazador<sup>1158</sup>. No es menos cierto, de que también puede interpretarse esta participación de los poderes públicos como una expresión de un fenómeno más amplio de delegación normativa, a menos que pueda verse incluso un abandono por parte del poder legislativo, que duda de su capacidad para reglamentar la situación. La norma es privada, pero impulsada por los poderes públicos<sup>1159</sup>, los cuales se retiran<sup>1160</sup>.

## **B. El establecimiento de una relación de cooperación entre las partes signatarias**

**594.** Otro de los rasgos principales de los instrumentos de *soft law* concluidos en el ámbito del Derecho de autor es el hecho de que los mismos adoptan la forma de un acuerdo de cooperación o colaboración entre los diferentes prestadores de servicios en línea y los titulares de derechos, o sus representantes. Se trata, pues, de instrumentos de carácter bilateral, ya que describen compromisos recíprocos entre las partes, independientemente de la denominación que adopten: código de conducta, código de buenas prácticas<sup>1161</sup>, Carta de compromiso (*charte*)<sup>1162</sup>, Memorando de entendimiento<sup>1163</sup>, Declaración de principios<sup>1164</sup>, etc.

Dicha colaboración interviene, en primer lugar, en la negociación, redacción y adopción de este tipo de acuerdos, siendo este rasgo es el que nos permite hablar de un auténtico “Derecho negociado”. No obstante, más allá de la negociación y redacción del

---

<sup>1158</sup>A. BENSAMOUN, “Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 182.

<sup>1159</sup>Sobre esta cuestión, *Vid.* C. ZOLYNSKI “Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l’aune du renouvellement des sources du droit”, in N. MARTIAL-BRAZ, *Les mutations de la norme: le renouvellement des sources du droit*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>1160</sup>A. BENSAMOUN, “Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 182.

<sup>1161</sup>*Code of Practice on Search and Copyright*, Reino Unido, 17 de febrero de 2017.

<sup>1162</sup>*Chartes des bonnes pratiques dans la publicité en ligne pour le respect du droit d’auteur et des droits voisins*, Francia 23 de marzo de 2015.

<sup>1163</sup>El “memorando de entendimiento” (en inglés, *Memorandum of Understanding*) es un documento que describe un acuerdo bilateral o multilateral entre las partes. Expresa una convergencia de deseo entre las partes y la intención de emprender una acción común. Los ejemplos en el ámbito de las infracciones de derechos en línea los encontramos en los *Memorandum of Understanding* firmados con las plataformas de comercio electrónico en Bruselas en 2011 y 2016, así como en el reciente *Memorandum of Understanding on Online Advertising and Intellectual Property Rights*, firmado en Bruselas el junio de 2018.

<sup>1164</sup>*Principles for User Generated Content Services (UGC Principles)*, Estados Unidos, 2007.

instrumento de “Derecho blando”, los términos del mismo suelen sentar las bases de una relación de una cooperación entre los titulares de derechos y los prestadores de servicios que se prolonga en el tiempo, creándose así una serie de compromisos a cargo de ambas partes. El objetivo es instaurar una relación de confianza entre los diferentes actores, los cuales se comprometen a cumplir obligaciones recíprocas y equilibradas, así como a un intercambio regular de información. Ambas partes se pretenden, de esta forma, lograr un objetivo común, que es el de hacer frente a las infracciones de derechos en línea.

**595.** Esta necesidad de “trabajar juntos”<sup>1165</sup> es una consecuencia lógica, y necesaria, a la luz del Derecho vigente. Por una parte, la actividad de algunos prestadores de servicios, como son las plataformas contributivas, o los motores de búsqueda, pueden quedar comprendidas dentro de los regímenes de exoneración de responsabilidad previstos en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico. Esta normativa prohíbe la imposición, a cargo de estos sujetos, de una obligación general de supervisión de los contenidos que alojan o a los que dan acceso. En consecuencia, sólo tienen la obligación de intervenir de forma reactiva, una vez reciban la notificación por parte del titular de derechos de la presencia de un contenido infractor. Por ello, conseguir de estos actores una implicación más proactiva, mediante la instalación de mecanismos de filtrado o detección automática, requerirá de la colaboración de los titulares de derechos, los cuáles deberán, entre otras cosas, facilitarles las huellas que permitan detectar la presencia de obras sobre las que ostentan los derechos, o proporcionarles toda información complementaria.

**596.** Por otra parte, otros actores como son las empresas del sector publicitario o las empresas de pagos electrónicos no realizan a día de hoy ningún acto sometido al monopolio de explotación, por más que presten sus servicios a páginas web dedicadas a la infracción de derechos. Por ello, exigirles una colaboración en la lucha contra la infracción de derechos, sin facilitarles el camino sería algo ilusorio. Si están dispuestos a cooperar, de forma voluntaria y sin mediar una obligación legal, esto requerirá al menos la facilitación por parte de los titulares de derechos de la información u otras herramientas necesarias.

---

<sup>1165</sup> *Code of Practice on Search and Copyright*, Reino Unido, 2017, ap. 1.

La utilidad de esta relación de cooperación aparece claramente reflejada en la redacción de algunos de estos instrumentos de *soft law*. Por ejemplo, el preámbulo del *Code of Practice* firmado con los principales motores de búsqueda del Reino Unido, afirma la necesidad de que las partes trabajen juntas para garantizar que los consumidores dispongan de un acceso fácil al contenido legal, y que no sean conducidos, de forma inesperada, a las páginas web infractoras. El Código se basa en la consciencia de que ambos, titulares de derechos y motores de búsqueda, pueden desempeñar un papel importante ayudando a los consumidores a localizar las fuentes de contenido legal en línea. Ambas partes deben así colaborar para conseguir este “objetivo común” (*shared objective*), asegurando además que tales medidas no perturben las actividades legítimas de los usuarios, así como la disponibilidad de material no infractor<sup>1166</sup>.

**597.** Por último, el corolario de esta relación de cooperación entre las partes interesadas suele incluir la creación de comités de seguimiento. Estos comités, cuya periodicidad varía en función del instrumento en cuestión<sup>1167</sup>, pretenden reforzar la colaboración cotidiana de las partes, reuniendo puntualmente a todos los actores implicados, para hacer un balance de la efectividad de las medidas o compromisos pactados. Los comités de seguimiento ejercen funciones tales como las de dejar constancia de las buenas prácticas desarrolladas por los signatarios del acuerdo; difundir cualquier información útil acerca de los sitios web que infringen los derechos de autor y derechos afines de forma masiva; identificar la existencia de obstáculos que impidan o dificulten el intercambio de las buenas prácticas entre las partes interesadas, etc. Los participantes tienen en cuenta las observaciones del comité acerca de la retirada de los sitios infractores, y se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para sensibilizar a su profesión y asegurar su efectividad (por ejemplo, estableciendo, de acuerdo con el respeto de la reglamentación, listas de direcciones *URL* o empleando, eventualmente, herramientas tecnológicas).

---

<sup>1166</sup> *Code of Practice on Search and Copyright*, Reino Unido, 2017, aps. 1, 4, y 8-12.

<sup>1167</sup> Por ejemplo, en Francia, los comités de seguimiento con las empresas del sector publicitario y de pagos electrónicos se reúnen dos veces al año. El *Memorandum of Understanding on Online Advertising* establece que los anunciantes y empresas intermediarias de la publicidad se comprometen a informar a las otras partes signatarias, así como a la Comisión Europea, una vez al año, de los concretos medios que han puesto en funcionamiento para cumplir con los propósitos del MoU, y la efectividad estimada de tales medidas. Las asociaciones de profesionales, por su parte, se comprometen a investigar sobre las medidas adoptadas por sus miembros, y a informar a las demás partes signatarias una vez al año. Por su parte, el *Code of Practice on Search and Copyright* establece que las partes se reunirán trimestralmente para evaluar los progresos realizados para alcanzar el “objetivo común”.

Entre los componentes de los comités de seguimiento participan en muchas ocasiones, además de las partes que han firmado el acuerdo o las asociaciones profesionales que los representan, los poderes u organismos públicos que han fomentado su adopción<sup>1168</sup>. Ello contribuye a dotar de solemnidad a la voluntad de las partes de cooperar mutuamente. Además, en Francia, los poderes públicos podrán, por medio de los comités de seguimiento con los actores de la publicidad en línea y los intermediarios de pagos electrónicos, llevar a cabo acciones de valorización de los actores virtuosos, tanto ante los profesionales como ante el gran público. Por último, el resultado del comité puede quedar plasmado en un informe, que en ocasiones será comunicado a los poderes públicos, pudiendo éstos hacerlo público, una medida susceptible de reforzar los compromisos entre las partes.

---

<sup>1168</sup> Así ocurre en los comités de seguimiento con las empresas del sector publicitario y de pagos electrónicos en Francia. En Reino Unido, el *Minister of State for Intellectual Property* supervisa la implementación del *Code of Practice on Search and Copyright* en las reuniones trimestrales entre las partes, además de revisar la efectividad del Código una vez al año, encargándose además de asegurar que se siga progresando en la consecución del “objetivo común”.

## **Capítulo 2: La evaluación de los instrumentos de *soft law* en el ámbito del Derecho de autor**

**598.** Inicialmente surgido en el ámbito del Derecho internacional, el “Derecho blando” es hoy una realidad presente en todos los ámbitos del Derecho, tanto público como privado. Este “Derecho blando” o flexible se manifiesta bajo una gran heterogeneidad de formas, con diversos niveles de efectividad y relevancia jurídica.

**599.** En el ámbito de la propiedad intelectual, estos instrumentos han encontrado recientemente un campo de expansión, en particular en el ámbito de la lucha contra las infracciones de los derechos de autor en línea, contexto en el que su proliferación es más acusada. Así pues, es pertinente interrogarnos sobre la influencia que los mismos ejercen en este ámbito del Derecho, mediante una evaluación de su pertinencia, utilidad, o efectividad, así como los posibles inconvenientes de esta nueva modalidad de regulación normativa.

**600.** En consecuencia, y como es propio de todo balance, podemos distinguir una serie de aspectos positivos y negativos que conlleva el recurso a los instrumentos de *soft law*. Analizaremos así, en primer lugar, el interés inherente a la adopción de instrumentos de “Derecho blando” (Sección 1ª), para seguidamente examinar la debilidad relativa de los mismos (Sección 2ª).

### **Sección 1ª: El interés de la adopción de instrumentos de *soft law***

**601.** Si los instrumentos de “Derecho blando” han encontrado un desarrollo creciente en el ámbito del derecho de autor, es por las ventajas inherentes que presenta esta nueva modalidad de regulación de los comportamientos. El interés de la adopción de instrumentos de *soft law* para hacer frente a las infracciones de derechos en Internet deriva, esencialmente, de los aspectos ligados a esta nueva modalidad de producción normativa (§1), así como de los aspectos ligados a la recepción por parte de sus destinatarios (§2).



## §1. Los aspectos ligados a esta modalidad de producción normativa

**602.** Si el “Derecho blando” es elegido como una alternativa a la producción de normas de carácter obligatorio por parte de los poderes públicos es, ante todo, por las virtudes o cualidades intrínsecas que presenta esta nueva modalidad de producción normativa. Entre ellas, citaremos aquí las más importantes, en especial aquellas que hacen que este mecanismo se adecúe de un modo particular a la protección de los derechos de autor en el entorno digital.

**603.** En primer lugar, las normas de *soft law* son normas “horizontales”, en el sentido de que se trata de normas alimentadas por todas las partes interesadas que creen en su pertinencia<sup>1169</sup>. Se distinguen así de las normas que podemos llamar “verticales”, y que son aquellas prescritas por los poderes públicos. Uno de los objetivos principales del “Derecho blando” es precisamente el de regir una situación saliendo de los mecanismos centralizados de la legislación, por medio de mecanismos que inciten a la adopción de una solución razonable, conforme a determinados principios o a los derechos de terceros. Las partes – en nuestro caso, los titulares de derechos y determinados intermediarios de las comunicaciones electrónicas – tratan así de restablecer por ellas mismas un equilibrio de intereses ante ciertos problemas, mediante una solución consensuada y adoptada de forma dialogada.

**604.** En segundo lugar, las normas de *soft law* son normas susceptibles de adquirir una dimensión transnacional<sup>1170</sup>. En efecto, la vía del “Derecho blando” permite, a menudo, llevar la reflexión más allá de las fronteras o legislaciones nacionales, para hacer emerger principios globales, de orden transnacional<sup>1171</sup>. Esto es así porque las cartas de compromiso o los códigos de conducta emanan, a menudo, de empresas de gran envergadura. Estas empresas pueden presentar una dimensión transnacional o multinacional, puesto que desempeñan su actividad en varios territorios. De esta forma, el recurso a las normas de “Derecho blando” permite superar la

---

<sup>1169</sup>A. BENSAMOUNy G. LOISEAU, “La gestion des risques de l’intelligence artificielle. De l’éthique à la responsabilité”, *JCP G* n° 46, 13 novembre 2017, p. 2063-2072, en p. 2067.

<sup>1170</sup>El término “transnacional” designa los fenómenos, acciones, reglas o contenciosos que trascienden las fronteras de los Estados. En este sentido, L. HENNEBEL, “Transnational”, in *Dictionnaire de la globalisation*, A.-J. Arnaud (dir.), LGDJ, 2010, p. 489, spéc. P. 489.

<sup>1171</sup>A. BENSAMOUNy G. LOISEAU, “La gestion des risques de l’intelligence artificielle...”, *op. cit.*, p. 2066.

estatalidad o la territorialidad de las normas. De hecho, no es de extrañar que el *soft law* haya surgido precisamente en el ámbito del Derecho Internacional, además de haber encontrado ulteriores articulaciones y desarrollos en el Derecho de la Unión Europea<sup>1172</sup>. En este sentido, el recurso a los instrumentos de “Derecho blando” en el ámbito de la lucha contra las infracciones de derechos de propiedad intelectual en línea puede resultar particularmente útil en un contexto tecnológico que no conoce fronteras, y más si tenemos en cuenta la dimensión multinacional de las empresas que los suscriben (*Google, Amazon, eBay, Visa, PayPal*, etc.).

**605.** En tercer lugar, las normas autoimpuestas suelen ser normas que suelen ir más allá del marco legal. Es decir, las cartas de compromiso no suelen limitarse a reproducir los textos legislativos o a interpretarlos, sino que contienen a menudo normas más severas. Los actores de un determinado sector logran así un acuerdo para ir más lejos que lo que la Ley les exige<sup>1173</sup>. De hecho, una de las funciones del “Derecho blando” es la de actuar en sustitución del “Derecho duro”. Esta sustitución es absoluta cuando el “Derecho blando” suple una ausencia, al menos provisional, de normas de Derecho positivo en un ámbito jurídico donde la necesidad de hacer presente<sup>1174</sup>. Así ocurre mediante el empleo de los mecanismos de “Derecho blando” en el ámbito de la lucha contra las vulneraciones de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de las redes digitales. Esta vía ofrece los medios de implicar en la lucha contra las infracciones de derechos a actores conforme al marco legal vigente<sup>1175</sup>, no pueden ser tenidos por responsables de una utilización no autorizada de una obra del espíritu, por ejemplo, las empresas de publicidad en línea y de pagos electrónicos; o los motores de búsqueda cuando éstos se limitan a proporcionar un simple enlace a una página web sin proceder a una reutilización de contenidos protegidos<sup>1176</sup>.

---

<sup>1172</sup> S. RODOTÀ, “Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*” in REAL PÉREZ (A.) (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010, p. 19-30, p. 20.

<sup>1173</sup> A. DEBET, “Les chartes et autres usages du droit de l’internet”, *Cahiers droit de l’entreprise* n° 4, juillet 2008.

<sup>1174</sup> J.-M. JACQUET, “L’émergence du droit souple (ou le droit “reel” dépassé par son double”, in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, Paris, 2009, p. 331-348, n° 38, en p. 342.

<sup>1175</sup> A. BENSAMOUN y C. ZOLYNSKI, “La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l’implication des prestataires techniques”, *RLDI* n° 75, octobre 2011, p. 59-65, p. 61.

<sup>1176</sup> *Vid. supra* n° 393 y n° 422 acerca de los actos de explotación cometidos por los motores de búsqueda cuando funcionan como servicios de agregación de noticias de actualidad o de referenciamiento de imágenes, respectivamente.

**606.** En cuarto lugar, las normas de *soft law* se caracterizan por su tecnicidad, ya que se trata de normas escritas por y para los profesionales. En este sentido, se considera que las partes implicadas se encuentran más capacitadas que el legislador para conocer de cerca el funcionamiento, las prácticas y las necesidades de un determinado sector profesional, así como las posibilidades reales de un actor determinado de llevar a cabo una determinada conducta. El recurso a los instrumentos de “Derecho blando” varía en función del ámbito jurídico en que nos encontremos. En algunos casos, el *soft law* puede sustituir al Derecho duro, pero también puede actuar en sinergia con el Derecho positivo en vigor, considerado como insuficiente<sup>1177</sup>. Así ocurre con el Derecho financiero, el Derecho de la Competencia, así como en aquellos ámbitos llamados de “regulación”, como son el Derecho medioambiental, o el Derecho de la energía. Por otra parte, el “Derecho blando” se encuentra particularmente presente en materias jurídicas nuevas y, en especial, aquellas que son particularmente técnicas y cambiantes<sup>1178</sup>. En consecuencia, los campos en los cuales los códigos de conducta han tenido un mayor desarrollo son la publicidad, el espacio digital, el consumo, los mercados financieros, la resolución de conflictos<sup>1179</sup>. Se explica así que la doctrina recomiende su recurso en ámbitos muy técnicos, o íntimamente ligados a la evolución tecnológica, como puede ser en el campo de la inteligencia artificial<sup>1180</sup>.

Además, esta tecnicidad de la norma propicia que, en ocasiones, el recurso al “Derecho blando” sirva para regular las condiciones concretas de la puesta en funcionamiento de una obligación legal, precisamente porque el propio legislador considera que son las partes interesadas las que mejor están capacitadas para ello. Se explica así la remisión a los “diálogos” entre las partes interesadas en los artículos 3.4 y 17.10 de la Directiva 2019/790 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*.

**607.** Por último, las normas de “Derecho blando” se caracterizan por su reactividad o rapidez de adopción, con respecto a las normas de *hard law*. Por este

---

<sup>1177</sup> J.-M. JACQUET, “L’émergence du droit souple...”, *op. cit.*, n° 38, en p. 342.

<sup>1178</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGE, “Introduction Générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*. Tome 1, LGDJ, 5<sup>e</sup> ed., 2018, n° 377, p. 322.

<sup>1179</sup> A. REAL PÉREZ (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010.

<sup>1180</sup> A. BENSAMOUN y G. LOISEAU, “La gestion des risques de l’intelligence artificielle...”, *op. cit.*, p. 2063-2072.

motivo, los códigos de conducta han adquirido una especial relevancia en Internet<sup>1181</sup>, y en todos los campos relacionados con la tecnología digital, cuya rápida evolución suscita una cantidad de cuestiones que requieren de soluciones jurídicas que los poderes públicos no pueden atender mediante el proceso legislativo clásico, por resultar demasiado lento. Como regla general, cuanto más técnica y evolutiva sea una materia, menos pertinente será una fuente del Derecho como la Ley, estática y de lenta elaboración. De ahí la importancia que ha adquirido la autorregulación en el espacio digital<sup>1182</sup>, en general, y en la lucha contra las infracciones de derechos en línea, en particular.

**608.** Por lo mismo, las normas de “Derecho blando” presentan importantes ventajas en términos de flexibilidad y adaptabilidad con respecto a las normas de *hard law*, cualidades que cobran una especial importancia en un contexto de evolución tecnológica permanente. La flexibilidad del contenido de la regla constituye el primero y más inmediatamente perceptible rasgo de los instrumentos de “Derecho blando”<sup>1183</sup>. Se considera que la norma es flexible porque es capaz de perfilar un contenido que no es rígido, sino variable. Dicha flexibilidad, propia de su forma de elaboración, les otorga una mayor capacidad de adaptación a las especificidades de cada sector, en comparación con las reglas jurídicas clásicas<sup>1184</sup>, así como una mayor capacidad de renovación del contenido normativo del Derecho. Así pues, si bien se sostiene que es conveniente una cierta estabilidad de la norma jurídica, cuya razón de ser reside en la necesaria previsibilidad del Derecho, los campos íntimamente ligados a la evolución tecnológica requieren, en ocasiones, de mecanismos que permitan una rápida regulación normativa. La contrapartida de esta flexibilidad es la posible imprecisión del “Derecho blando”. C. THIBIERGE<sup>1185</sup> habla, en este sentido de un “droit flou”, expresión que podemos traducir al español como “Derecho borroso”, falto de nitidez. No obstante, muchas son las ramas del Derecho en que la producción normativa recurre al empleo de nociones-marco, estándares o principios generales, cuyo contenido es vago y requiere

---

<sup>1181</sup> En el mismo sentido, A. DEBET, “Les chartes et autres usages du droit de l’internet”, *op. cit.*

<sup>1182</sup> A. REAL PÉREZ, “Presentación”, in A. REAL PÉREZ (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>1183</sup> J.-M. JACQUET, “L’émergence du droit souple...”, *op. cit.*, p. 333.

<sup>1184</sup> V. LASSERRE, “Règles privées et publiques de gouvernance”, in S. CASELLA, V. LASSERRE y B. LECOURT (dir.), *Le droit souple démasqué. Articulation des normes privées, publiques et internationales*, Éditions A. Pedone, 2018, p. 5-18, n° 2, p. 5-6.

<sup>1185</sup> C. THIBIERGE, “Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit”, *RTD Civ.* 2003, p. 599.

determinación<sup>1186</sup>. El derecho de autor es precisamente una de las áreas jurídicas que más ha recurrido a estas técnicas legislativas por su relación intrínseca con la evolución tecnológica, dejando nociones centrales como la de “originalidad” u “explotación”, carentes de una definición legal, y cuyos contornos han tenido que ser precisados ulteriormente por la jurisprudencia<sup>1187</sup>. Es necesario, en todo caso, un cierto grado de formalización o de rigor para que podamos hablar de una auténtica norma de “Derecho blando”, que se distinga de una mera declaración de intenciones o de un simple *slogan* publicitario<sup>1188</sup>.

**609.** El Derecho blando ofrece, en suma, una nueva modalidad de producción normativa cuyas virtudes intrínsecas son la horizontalidad y transnacionalidad de la regla; además de su capacidad para ir más allá del marco legal, su tecnicidad, reactividad y flexibilidad. A estas cualidades, que hacen que la norma de “Derecho blando” pueda constituir un complemento valioso a las reglas de “Derecho duro” para reducir las infracciones de derechos en línea, podemos añadir una serie de aspectos ligados a su recepción por sus destinatarios.

---

<sup>1186</sup>J.-M.JACQUET, “L’émergence du droit souple...”, *op. cit.*, p. 333. En el mismo sentido, A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XXXII, p. 297-322, en p. 304. La autora afirma que no sólo es Derecho flexible aquel que tiene un contenido no vinculante, sino también normas de *hard law* dictadas en términos vagos o ambiguos que dejan un gran margen a la interpretación. Asimismo, en la p. 305, considera que el *soft law* se caracteriza por su lenguaje vago y abstracto, aunque en realidad ésta no es una característica exclusiva de este tipo de normas, sino que también es muy habitual en normas de *hard law* de Derecho interno, las cuales podrían calificarse de «flexibles» debido a la existencia de mayores márgenes de acción que alcanzan incluso a la negociación o el acuerdo sobre los términos de aplicación de la ley”.

<sup>1187</sup>Sobre el empleo de nociones-marco en la legislación en materia de derechos de autor *vid.* A. BENSAMOUN, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d’auteur*, PUAM, 2008, especialmente los nº 185 y s., p. 169 y s.

<sup>1188</sup>En este sentido, el Informe del *Conseil d’État* francés de 2013 dedicado al “Derecho blando” señala que “el Derecho blando da una imagen de una realidad muy disparatada, desde codificaciones doctrinales listas para ser utilizadas, delicadamente elaboradas por la comunidad universitaria, y progresivamente difundidas en las conciencias de las generaciones futuras por las virtudes de sus enseñanzas, a simples slogans de comunicación de las multinacionales” (*Conseil d’État, Rapport annuel, Le droit souple*, La Documentation française, 2013, p. 105).

## §2. Los aspectos ligados a la recepción de la norma

**610.** En su descripción acerca del “Derecho blando”, C. THIBIERGE<sup>1189</sup> habla de un Derecho “suave” (*droit “doux”*), calificativo que remite a un Derecho que no es impuesto, y ello tanto en lo que se refiere a su elaboración – al ser negociado directamente por las partes – como en lo relativo a su expresión, al tratarse de un Derecho no prescriptivo. La norma de *soft law* incita, invita a adoptar un determinado comportamiento, pero sin obligar a ello.

En efecto, las normas de “Derecho blando” son normas que postulan la adhesión voluntaria: se trata de normas que no son impuestas, sino voluntariamente aceptadas. En otras palabras, la adhesión de los destinatarios constituye la fuente de su efectividad<sup>1190</sup>. La aceptabilidad de las normas adoptadas voluntariamente es, en principio, más elevada que la de la norma impuesta. Esto vale tanto para la costumbre como con respecto a un código emanado de la empresa misma<sup>1191</sup>. Así, es presumible que la norma emanada de las personas privadas gane en calidad y en aplicabilidad ya que son sus propios destinatarios quienes la han elaborado en función de sus necesidades actuales y de su aptitud a respetarla<sup>1192</sup>. En definitiva, los códigos de conducta o las cartas de compromiso pueden definir reglas que, pese a no ser exigibles a través de los procedimientos típicos de coerción jurídica, pueden llegar a ser observadas, conformando comportamientos y alcanzando cierto grado de efectividad jurídica<sup>1193</sup>. Esto es lo que hace que su utilización vaya en aumento.

En consecuencia, la juridicidad predicable de los instrumentos de *soft law* tiende a desplazar su centro de gravedad desde el plano de la coercibilidad al terreno de la efectividad<sup>1194</sup>. La ejecución de estos códigos y cartas de compromiso se deja a la discreción de sus destinatarios. Una de las razones del recurso a este tipo de instrumentos es precisamente la de evitar el establecimiento de leyes coercitivas<sup>1195</sup>. Así

---

<sup>1189</sup>C. THIBIERGE, “Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit”, *op. cit.*, p. 599. C. Thibierge distingue tres facetas del “Derecho blando”: *droit doux* (sans obligation), *droit mou* (sans sanction, juridiquement du moins), *droit flou* (imprécis).

<sup>1190</sup>M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, Paris, 2018, n° 41, p. 49.

<sup>1191</sup>J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 368, p. 310.

<sup>1192</sup>J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, *loc. cit.*

<sup>1193</sup>A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible...”, *op. cit.*, p. 314.

<sup>1194</sup>A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible...”, *op. cit.*, p. 297-322, en p. 318.

<sup>1195</sup>M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.* n° 41, p. 49.s

pues, el “Derecho blando”, a pesar de no ser obligatorio, puede ser aplicado y respetado por sus destinatarios. De hecho, la fuerza impuesta por el Derecho duro no garantiza su legitimidad sobre el fondo<sup>1196</sup>. La latitud que los instrumentos de “Derecho blando” dejan a las partes es, a menudo, garante de una mejor recepción de este Derecho por medio de la adhesión. Dicho de otro modo, su textura no prescriptiva, lejos de ser una debilidad, puede constituir su verdadera fuerza<sup>1197</sup>.

**611.** Además, es preciso señalar la existencia de una normatividad que podemos llamar “profesional” o “social”. En efecto, el incumplimiento de la norma de “Derecho blando” puede poner en juego la propia imagen de la empresa, y conllevar un riesgo de desprestigio, e incluso, de exclusión. Estas circunstancias también empujan a quienes suscriben este tipo de normas a querer cumplir con su contenido, de manera que, como afirma C. THIBIERGE esta coerción social puede resultar extremadamente eficaz<sup>1198</sup>.

**612.** En definitiva, los instrumentos de “Derecho blando” no quedan desprovistos de eficacia, y de una capacidad para regular comportamientos de forma efectiva. El “Derecho blando” está indudablemente concebido para producir ciertos efectos<sup>1199</sup>. En consecuencia, ciertos autores consideran que aun cuando el incumplimiento de las disposiciones que integran el *soft law* no sea sancionable mediante las formas tradicionales de represión, existe lo que podemos denominar una *soft* coerción, la cual tiene sus propios canales de sanción<sup>1200</sup>. La adhesión voluntaria a la norma es, en todo caso, la verdadera fuerza de los instrumentos de derechos blando. Pero al mismo tiempo, la falta de carácter obligatorio es también el motivo de su debilidad.

## Sección 2ª: La debilidad relativa de los instrumentos de *soft law*

**613.** Una evaluación completa del recurso a los instrumentos de *soft law* en el ámbito de la implicación de los intermediarios de las comunicaciones electrónicas en la lucha contra las infracciones de derechos de autor no podría prescindir de análisis de sus factores negativos. En efecto, a pesar de que el empleo de estos instrumentos ha ido

---

<sup>1196</sup>C. THIBIERGE, “Le droit souple...”, *op. cit.*, p. 599 y s.

<sup>1197</sup>C. THIBIERGE, “Le droit souple...”, *op. cit.* p. 599 y s.

<sup>1198</sup>C. THIBIERGE, “Le droit souple...”, *op. cit.* p. 599 y s.

<sup>1199</sup>J.-M. JACQUET, “L’émergence du droit souple...”, *op. cit.*, p. 336.

<sup>1200</sup>A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible...”, *op. cit.*, p. 317.

ganando en importancia, ocupan aún un lugar marginal con respecto a las normas jurídicas dictadas por los poderes legislativos. Esto es así porque la irrupción de normas de “Derecho blando” en el panorama jurídico genera dudas acerca de su incardinación en el sistema de fuentes del Derecho y, ante todo, acerca de su grado de obligatoriedad.

**614.** La producción de normas por parte de entidades privadas, unida a la falta de obligatoriedad propia los instrumentos de *soft law* ha generado dudas sobre el carácter normativo de este tipo de reglas (§1). Algunos mecanismos jurídicos permitirían, no obstante, redescubrir una normatividad potencial de los instrumentos de *soft law*. Esta es la razón por la que sostenemos que su debilidad no es absoluta, sino relativa (§2).

## **§1. Una normatividad dudosa**

**615.** La coexistencia de instrumentos de “Derecho blando”, al lado de las reglas jurídicas clásicas provoca un cierto desconcierto acerca del valor que ha de otorgarse a estas normas voluntariamente suscritas. Se puede así decir que los instrumentos de “Derecho blando” presentan una normatividad dudosa, y ello debido a dos circunstancias principales. Por un lado, se asiste a un fenómeno de privatización de la norma jurídica que es preciso evaluar (A). Por otro, las normas de *soft law* carecen, en principio, de fuerza obligatoria, un hecho que permite dudar de la efectividad y de la calificación de dichas normas como auténticas normas jurídicas (B).

### **A. La privatización de la norma**

**616.** El primero de los rasgos de los instrumentos de “Derecho blando” que suscita dudas acerca de su normatividad es el hecho de que los mismos conducen a una “privatización del Derecho” o “privatización de la norma”. En efecto, su elaboración queda confiada a las partes para resolver sus necesidades, mientras que el Derecho moderno descansa fundamentalmente, en la idea de que la norma jurídica es obra del Estado o de los poderes públicos. En consecuencia, las fuentes de Derecho serían necesariamente estatales. La excepción notable a este postulado reside en el



reconocimiento de la costumbre como fuente del Derecho, a pesar de ser por naturaleza un fenómeno privado<sup>1201</sup>.

Sin embargo, desde hace algunos años, es posible apreciar un movimiento de emancipación del Derecho con respecto al Estado. A veces este hecho actúa a favor de cuerpos intermediarios no estatales, cuya misión es la de defender intereses colectivos, como pueden ser los sindicatos. Han surgido igualmente códigos profesionales o deontológicos, cuya importancia práctica es considerable y, en ocasiones, son fuente de normas coercitivas. Por otra parte, los organismos privados que reagrupan diferentes expertos también emiten normas privadas que pueden servir de inspiración para ulteriores normas públicas. Pero de forma aún más drástica, son las personas privadas (y principalmente las empresas) quienes, sin otra misión que la de defender sus propios intereses tratan de apropiarse este poder de creación normativa, a pesar de que estas entidades siempre han tenido un poder normativo por medio de su capacidad de establecer contratos, creando así normas jurídicas individuales.

**617.** Esta elaboración de las normas por parte de las partes interesadas presenta importantes ventajas<sup>1202</sup>. Sin embargo, la norma negociada “no está sometida ni al debate ni a la crítica, ni obligada a la transparencia”<sup>1203</sup>. Así, algunos de estos acuerdos entre las partes son confidenciales. Cuando esto es así, sólo dan a conocer públicamente sus líneas principales, permaneciendo secretos los términos concretos del compromiso<sup>1204</sup>. Este carácter confidencial del contenido contrasta, no obstante, con la amplia publicidad mediática que suele darse a la conclusión del acuerdo, sin duda porque ello contribuye a la buena imagen de las empresas o plataformas digitales que los suscriben.

**618.** Por otra parte, si bien es muy plausible que determinados actores no responsables legalmente de un acto de explotación de un derecho de autor se comprometan voluntariamente a colaborar para frenar las infracciones de derechos en las redes, este tipo de acuerdos suelen ser concluidos con los actores más poderosos de la era digital. En consecuencia, y a pesar de que el “Derecho blando” permita ir más allá

---

<sup>1201</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, « Introduction générale », in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 368, p. 308.

<sup>1202</sup> Vid. *supra*, n° 602 y s.

<sup>1203</sup> A. BENSAMOUN, “Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 182.

<sup>1204</sup> Así ocurre, por ejemplo, con el acuerdo *Google-ALPA-CNC*, firmado en Francia en septiembre de 2017.

de las obligaciones impuestas por el Derecho en vigor, hay que tener en cuenta que estos acuerdos son a menudo firmados con las empresas más poderosas de la web – los denominados “GAFAM”<sup>1205</sup>. En consecuencia, es legítimo preguntarse si ese “diálogo” entre las partes interesadas se realiza realmente en condiciones de equilibrio, y si el resultado del mismo no deja de ser, en el fondo, una “ley del más fuerte”. No estando obligados por un mandato legal, y obteniendo grandes beneficios gracias a las actividades infractoras que otros realizan, es de esperar que estos prestadores de servicios se comprometan a lo mínimo. Por ejemplo, ¿por qué en los acuerdos firmados con los motores de búsqueda tanto en Francia<sup>1206</sup> como en Reino Unido<sup>1207</sup>, éstos únicamente se comprometen a la retrogradación de los enlaces que conducen a las páginas web infractoras, y no a su total supresión? ¿Es porque se considera que corresponde al Juez, y no a los titulares de derechos, declarar el carácter ilícito de los contenidos que alberga un determinado sitio web? O bien, ¿es porque, en el fondo, estos actores no quieren desaprovechar por completo el flujo de ingresos que puede proporcionarles el hecho de que los internautas accedan a estas páginas infractoras? Si bien la retrogradación de los enlaces infractores puede disuadir a algunos internautas, es de esperar que los más entrenados acaben pudiendo acceder al contenido deseado.

**619.** En el mismo sentido, este carácter dominante de los prestadores de servicios puede traducirse en una falta de transparencia en el empleo de las herramientas de detección de contenidos. No es así de extrañar que el apartado nº 8 de la Directiva *sobre los derechos de autor y los derechos afines en el mercado único digital* haya establecido una obligación de transparencia a cargo de las plataformas contributivas, mediante la cual rindan cuentas acerca del funcionamiento de sus prácticas de detección de contenidos infractores, así como del uso de los contenidos contemplados en los acuerdos de licencia. En efecto, antes de la adopción de dicha Directiva, algunas plataformas se habían comprometido ya a colaborar con los titulares de derechos para reducir la presencia de contenidos ilegalmente difundidos por medio de sus servicios. Los titulares de derechos miraban, no obstante, con recelo la eficacia de las acciones emprendidas por las plataformas, juzgadas insuficientes a pesar de los medios

---

<sup>1205</sup> “GAFAM” es el acrónimo empleado en Europa para hacer referencia a las entidades dominantes de la era digital. Estas empresas son *Google, Amazon, Facebook, Apple* y *Microsoft*.

<sup>1206</sup> *Accord Google-ALPA-CNC*, Francia, septiembre de 2017.

<sup>1207</sup> *Code of Practice on Search and Copyright*, Reino Unido, 17 de febrero de 2017.

supuestamente desplegados, y a pesar de que aquellos habían aportado la información necesaria.

**620.** Todos estos aspectos nos llevan a concluir que el “Derecho blando” no puede, por sí solo, resolver todos los problemas que derivan de la explotación no autorizada de las obras y prestaciones protegidas en las redes digitales. Es necesario, por tanto, subrayar la necesidad de reforzar estos mecanismos de *soft law* con medidas legislativas, al menos con los actores cuya implicación en el acceso y la difusión es mayor, como pueden ser las plataformas colaborativas o, en algunos casos, los motores de búsqueda.

## **B. La ausencia de carácter obligatorio**

**621.** El segundo y más característico de los rasgos de los instrumentos de “Derecho blando” es que éstos se presentan *ab initio* desprovistos de la fuerza obligatoria que caracteriza habitualmente la regla de Derecho, debido a la posición que ocupan en el interior del sistema jurídico<sup>1208</sup>. Este es el aspecto que distingue de forma más evidente el “Derecho blando” del Derecho duro. La expresión *soft law* engloba, en consecuencia, figuras heterogéneas en las que concurre un común denominador: la falta de obligatoriedad jurídica<sup>1209</sup>. Ello supone que las *chartes* y códigos de conducta quedan desprovistos de toda coerción, a no ser que ésta sea voluntariamente aceptada<sup>1210</sup>. Este tipo de normas se presentan habitualmente como exentos de toda sanción jurídica. En definitiva, se trata de normas que no son obligatorias ni sancionadas. Como afirma A. GALIANA SAURA, resultaría contradictorio con la propia finalidad del *soft law* el hecho de contemplar una sanción por su incumplimiento, ya que éste se basa en la adhesión voluntaria y su fuerza radica, precisamente, en la voluntaria aceptación de su contenido. De no pensar así, sería mejor optar por otras formas jurídicas tradicionales que sí prevén expresamente estos mecanismos de garantía de su cumplimiento<sup>1211</sup>. La diferencia es que mientras el *hard law* impone, el *soft law* propone. Éste último prefiere

---

<sup>1208</sup>J.-M. JACQUET, “L’émergence du droit souple...”, *op. cit.*, p. 335.

<sup>1209</sup>P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Paris, 4ª ed., n° 30: afirma que el *soft law* es, por definición, no coercitivo.

<sup>1210</sup>P. DEUMIER, “Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques”, in *Libre droit. Mélanges en l’honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 337-358, en p. 339.

<sup>1211</sup>A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible...”, *op. cit.*, p. 317.

emplear los resortes de la incitación y de la adhesión, y en el mejor de los casos, la sanción queda reemplazada por un comité de seguimiento<sup>1212</sup>.

Esta ausencia de obligatoriedad o coerción jurídica queda subrayada por mediante diversas formulaciones. Por ejemplo, el *Memorandum of Understanding (MoU) on Online Advertising and Intellectual Property Rights* de 2018 expone de forma clara que: “este MoU es acordado de buena fe entre las partes signatarias, edificado sobre una clara y honesta representación de sus intenciones. Las partes signatarias reconocen que las asociaciones profesionales que han firmado el MoU no asumen obligaciones con respecto a sus miembros. No obstante, tales asociaciones se comprometen a hacer que sus miembros tengan plena consciencia [la existencia] del MoU, así como a fomentar que se adhieran al mismo o respeten sus principios de forma apropiada. La aplicación del MoU queda limitada, para cada parte signataria, a los servicios que provee en los Estados que sean Partes Contratantes del Área Económica Europea. No es jurídicamente vinculante ni crea ninguna obligación contractual o pre-contractual ante la Ley. Nada de lo que figura en el MoU podrá ser interpretado como creador de responsabilidad, derechos, renuncia de cualesquiera derechos u obligaciones para ninguna de las partes, ni exonera a ninguna de las partes de sus obligaciones legales. El MoU no deberá ser interpretado de manera que sustituya o interprete el marco legal existente. El MoU no deberá ser usado como, o formar parte, prueba en ningún procedimiento legal”<sup>1213</sup>.

**622.** Si bien se considera que esta ausencia de carácter obligatorio constituye la auténtica fuerza de los instrumentos de “Derecho blando”, este factor también puede ser, al mismo tiempo, un elemento de su debilidad. Una norma no obligatoria corre el riesgo de no ser respetada, por más que haya sido voluntariamente elaborada y aceptada. Existe una respuesta tradicional a la definición del Derecho: lo que caracteriza a las reglas es una capacidad particular de recurrir a la coerción en caso de violación. La regla de Derecho sería la regla obligatoria y sancionada, y es así como es tradicionalmente presentada<sup>1214</sup>. Sin embargo, la naturaleza de la sanción es muy variable como para poder proporcionar una definición de la regla de Derecho. De hecho, existen normas imperfectas<sup>1215</sup> en el sentido de que carecen de sanción, a pesar de ser

---

<sup>1212</sup>P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., nº 30.

<sup>1213</sup>*Memorandum of Understanding on Online Advertising and Intellectual Property Rights*, Bruselas, 25 junio de 2018, preámbulo, p. 1.

<sup>1214</sup>P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., nº 20.

<sup>1215</sup>P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., nº 28.

consideradas como auténticas leyes. En consecuencia, una regla obligatoria no es siempre coercitiva, ya que ésta puede estar desprovista de sanciones. Por este motivo, parece más apropiado afirmar que la norma jurídica sería la única que se encuentra garantizada por una posible realización por la fuerza<sup>1216</sup>. La regla de Derecho puede beneficiarse de la coerción, la cual se asimila a la ejecución forzada de las sanciones pronunciadas por el Juez. Se trata, no obstante, de la posibilidad de obtener una sanción por parte del Juez y no de la sanción efectiva. El criterio es el de la “justiciabilidad” de la regla de Derecho, es decir, de su posible invocación ante una jurisdicción<sup>1217</sup>.

**623.** Estas consideraciones nos llevan a excluir el “Derecho blando” del sistema de fuentes del Derecho, al menos en la concepción tradicional o clásica de las mismas<sup>1218</sup>. Esto es así porque las fuentes reconocidas por el sistema jurídico se asimilan a aquellas que pueden ser invocadas ante una jurisdicción, es decir, se trata de normas obligatorias. Así, si bien no cabe duda de que el “Derecho blando” produce normas capaces de regular los comportamientos, éstas no se incardinan en el sistema de “fuentes formales” del Derecho.

En España, el artículo 1.1 del Código Civil reconoce como fuentes del Derecho a la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Esta enumeración tiene carácter exhaustivo. La doctrina y la jurisprudencia no son, en consecuencia, fuentes del Derecho español pues presuponen una norma ya nacida de una de las tres fuentes anteriores, y se limitan a interpretarla (es decir, a fijar su sentido) o a aplicarla con determinado criterio o de determinada forma<sup>1219</sup>. En Francia, la enumeración de lo que algunos autores han podido calificar como “fuentes coercitivas del Derecho”<sup>1220</sup> en el sistema civil procede de una construcción doctrinal. Son fuentes del Derecho la Ley, la costumbre y la jurisprudencia. Si bien el sistema de fuentes difiere ligeramente en los

---

<sup>1216</sup>P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 24.

<sup>1217</sup>P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 24.

<sup>1218</sup> Algunos autores consideran que esta visión del Derecho se encuentra desfasada ante la importancia que ha adquirido el “Derecho blando”. En consecuencia, consideran que los instrumentos de “Derecho blando” constituyen una nueva fuente del Derecho que se sumaría a las llamadas fuente “clásicas”, reconocidas por el ordenamiento jurídico. Vid. en este sentido, J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 356, p. 291, y n° 367, p. 306-307: “Durante mucho tiempo restringidas a las fuentes del Derecho coercitivas que son la ley, la jurisprudencia o la costumbre, las fuentes del Derecho pueden ahora ser suaves, es decir, no coercitivas, sin que por ello pierdan su calidad de fuente del Derecho”. [...]. Citemos igualmente los códigos profesionales y las cartas de empresa, a pesar de que éstos puedan ser reconocidos como obligatorios y no simplemente facultativos” (traducción propia).

<sup>1219</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, 16ª edición, 2004, p. 83.

<sup>1220</sup> H. BARBIER, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 360, p. 297.

Ordenamientos jurídicos francés y español, los instrumentos de “Derecho blando” no pueden incardinarse en ninguna de tales fuentes.

En primer lugar, no es posible asimilar las *chartes* y códigos de conducta a la ley, puesto que éstos son elaborados por personas privadas. La ley, por el contrario, puede ser definida como aquella norma jurídica elaborada, dictada y publicada por los órganos competentes del Estado. Ha de cumplir dos requisitos que son la legalidad (es decir, ser establecida por el procedimiento y con los requisitos que el Ordenamiento jurídico exija para legislar) y publicidad<sup>1221</sup>. Este último requisito no siempre se encuentra presente en los instrumentos de “Derecho blando”, ya que los términos del acuerdo entre las partes pueden tener un carácter confidencial.

En segundo lugar, tampoco es posible asimilar el “Derecho blando” a la costumbre, a pesar de que ésta emana del pueblo, y no de una autoridad estatal o poder público. La costumbre es la práctica efectiva y repetida de una determinada conducta. Se trata de un uso que, una vez que cumple determinadas condiciones, se convierte en una auténtica regla de Derecho<sup>1222</sup>. La costumbre puede comenzar por un acto espontáneo y aislado de realización de la repetida conducta. Sin embargo, llega un momento en que la práctica usual resulta elevada a norma jurídica consuetudinaria, norma creada e impuesta por el uso y la voluntad sociales<sup>1223</sup>. Por el contrario, con el “Derecho blando”, lo que se trata es de imponer una forma de actuar antes de que el paso del tiempo haga su labor<sup>1224</sup>. Además del uso, que constituye el elemento material de la costumbre, y que es el producto de la realización de actos externos, de manera uniforme, general, duradera y constante<sup>1225</sup>, la costumbre se encuentra formada por un elemento espiritual, denominado “*opinio iuris seu necessitatis*”. La *opinio iuris* consiste en la voluntad general (de la comunidad que practica el uso) de regular jurídicamente de aquella manera el punto de que se trate. Por faltar esta voluntad de regulación jurídica, las costumbres que encierran sólo un acto de benevolencia, de tolerancia o de cortesía, no crean Derecho consuetudinario<sup>1226</sup>. En consecuencia, a diferencia del “Derecho blando”,

---

<sup>1221</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op. cit., p. 93.

<sup>1222</sup> En el Derecho francés, la costumbre es una fuente de Derecho positivo que se sitúa al mismo nivel que la Ley y al lado de ésta. En el Derecho español, por el contrario, la costumbre únicamente rige en defecto de Ley, tal y como lo establece el artículo 1.3 del Código Civil.

<sup>1223</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op. cit., p. 97.

<sup>1224</sup> A. BENSAMOUNY G. LOISEAU, “La gestion des risques de l’intelligence artificielle...”, op. cit., p. 2064.

<sup>1225</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op. cit., p. 99.

<sup>1226</sup> Por ejemplo, dar propina, o ceder el asiento a una persona necesitada en un autobús.

la costumbre remite a una norma que es de obligado cumplimiento. El fundamento intrínseco de que la costumbre crea Derecho se halla en que la voluntad general, de la comunidad de que la observa, quiere aquella regulación<sup>1227</sup>.

Lo dicho anteriormente no impide que las cartas de compromiso o los códigos de conducta puedan instaurar determinados usos del tráfico o usos en el mundo de los negocios, que a la larga lleguen a adquirir la condición de costumbre. Sin embargo, será necesario ese elemento temporal que otorga a la costumbre el rango de fuente del Derecho, además de la conciencia generalizada de que se trata de una norma que ha de ser obligatoriamente respetada.

En tercer lugar, tampoco cabe duda de que los códigos de conducta y cartas de compromiso no pueden equipararse a la jurisprudencia, por la sencilla razón de que ésta última es obra de los jueces.

Por último, los principios generales del Derecho son las ideas fundamentales que informan el Derecho positivo contenido en leyes y costumbres y, en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia<sup>1228</sup>. Los principios se aplican, desde luego, a través de la Ley o de la costumbre. El último término, se aplican también directamente a los casos en que la falta de estas dejaría sin regulación<sup>1229</sup>. Se trata de normas que tienen la vocación de ser aplicadas a situaciones jurídicas diversas, en las que precisamente la regla de Derecho es insuficiente o lacunaria. Su función es la de colmar los vacíos de la regla de Derecho. Se trata de normas generales que pueden estar contenidas en fuentes diversas (puede proceder de una costumbre, o de una creación pretoriana)<sup>1230</sup>, lo cual no impide que éstos se inserten en una norma de “Derecho blando”, pero sin que dicha norma pueda, por sí sola, ser considerada como un principio general del Derecho.

**624.** En definitiva, podemos afirmar que, hasta finales del siglo XX, y para muchos autores aún, el Derecho se identifica con aquello que coercitivo, además de impuesto por los poderes públicos, y por este motivo, ha de ser respetado. Si se

---

<sup>1227</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op.cit., p. 102.

<sup>1228</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op.cit., p. 113.

<sup>1229</sup> Art. 1.4 del Código Civil español: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

<sup>1230</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 169, p. 133-134.

mantiene la idea de que la fuerza vinculante y coercitiva se establecen como rasgos típicos del Derecho, la regla elástica o flexible, que insiste más sobre la persuasión que sobre la obligación, no sería una auténtica norma jurídica<sup>1231</sup>. No obstante, varios son los autores que proponen superar esta concepción “positivista”<sup>1232</sup> o “binaria”<sup>1233</sup>. En este sentido, consideran que la sanción jurídica no es un aspecto inherente a la regla de Derecho, sino algo exterior a la misma. La prueba es que en algunos sectores del Derecho puede estar ausente. Además, abogan por una concepción amplia de la sanción, que vaya más allá de la coerción ejercida por los poderes públicos. Desde este punto de vista, la sanción puede ser entendida como las consecuencias precisas derivadas del incumplimiento de la regla. Así, para C. THIBIERGE, lo normativo no ha de confundirse con lo obligatorio. La autora habla de un “cambio de paradigma” y de la necesidad de ampliar la visión que tenemos del Derecho, pasando de un Derecho necesariamente duro y coercitivo, a un Derecho con múltiples texturas, más o menos duro, más o menos normativo. Según esta segunda concepción: la normatividad no quedaría reducida a lo obligatorio, ni a un estado. En otras palabras, la normatividad sería una cualidad susceptible de gradación, de forma que una regla jurídica podría ser más o menos normativa. Esto conduciría a una concepción del Derecho formada por múltiples texturas, de las más duras a las más blandas<sup>1234</sup>.

**625.** Si bien es cierto que las normas coercitivas no son las únicas herramientas aptas para regular los comportamientos de determinados agentes en el seno de la sociedad, o en sus relaciones con terceros, la sanción jurídica tampoco ha de ser infravalorada. A pesar de que la misma no consista en la única riqueza del Derecho, no es menos cierto que encarna una de las dimensiones características del mismo<sup>1235</sup>. Una carta de compromiso firmada con un prestador de servicios en línea para luchar contra las infracciones de derechos corre el riesgo de no ser respetada. Sería posible, no obstante, utilizar algunos resortes del sistema jurídico actual para redescubrir una normatividad potencial de los instrumentos de *soft law*.

---

<sup>1231</sup> A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible...”, *op. cit.*, p. 313.

<sup>1232</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 164, p. 124; y n° 359, p. 293-294.

<sup>1233</sup> C. THIBIERGE, “Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit”, *op. cit.*, p. 599: critica el razonamiento de carácter binario que supone que el “Derecho blando” no tiene carácter jurídico. O bien es Derecho, si tiene sanción; o bien no lo es, en ausencia de sanción. En una concepción clásica del Derecho, el carácter coercitivo es el criterio mismo de la norma jurídica.

<sup>1234</sup> C. THIBIERGE, “Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit”, *op. cit.*, p. 599.

<sup>1235</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Paris, 4ª ed., n° 32.



## §2. La normatividad potencial de los instrumentos de soft law

**626.** Se suele afirmar que la característica esencial del *soft law* es la ausencia de efectos vinculantes. No obstante, cabe señalar que esto no implica la ausencia de efectos jurídicos, ya que el *soft law* puede servir, entre otras funciones, de parámetro interpretativo del *hard law*. La posición generalizada de la doctrina es la de considerar que el *soft law* es un instrumento de carácter jurídicamente no vinculante, pero con cierta relevancia jurídica<sup>1236</sup>. En su informe anual de 2013, el *Conseil d'État* francés puso de relieve los efectos que produce el “Derecho blando” a través, por ejemplo, de la capacidad que posee para orientar o modificar los comportamientos<sup>1237</sup>. Sin embargo, ¿la eficacia de los instrumentos de *soft law* se limita únicamente al efectivo respeto de los mismos por parte de las partes que los suscriben? El carácter voluntario de su elaboración, junto con el hecho de que este fenómeno carece prácticamente de regulación por parte del Derecho positivo, parecen acreditar esta idea<sup>1238</sup>.

**627.** Lo cierto es que la importancia de las cuestiones que hoy en día pueden quedar reguladas por medio de este tipo de instrumentos de “Derecho blando” requeriría de mecanismos capaces de garantizar el cumplimiento de los compromisos voluntariamente adquiridos. Esto nos lleva a plantearnos si y de qué forma los instrumentos de “Derecho blando” podrían adquirir una fuerza normativa u obligatoria. En otras palabras, ¿en qué medida el contenido de los códigos de conducta o cartas de compromiso podría resultar vinculante? De lo que se trata es de evitar que un interviniente en el ecosistema de las comunicaciones electrónicas, que se ha comprometido a cooperar con los titulares de derechos, y con ayuda de éstos, a adoptar un determinado comportamiento, no varíe el mismo injustificadamente. La tentación puede ser grande si se tiene en cuenta que todos estos intermediarios perciben ingresos prestando sus servicios a páginas web que infringen los derechos de autor. En suma, y aunque resulte paradójico, se trata de averiguar si existen mecanismos jurídicos mediante los cuales pudiera lograrse un “endurecimiento” del “Derecho blando”,

---

<sup>1236</sup>A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible...”, *op. cit.*, p. 306; Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, La Documentation française, p. 62 (“La ausencia de obligación no implica la ausencia de efectos jurídicos”); J.-M. JACQUET, “L'émergence du droit souple...”, *op. cit.*, p. 336; C. THIBIERGE, “Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit”, *op. cit.*, p. 599.

<sup>1237</sup>Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1238</sup>P. DEUMIER, “Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques”, *op. cit.*, en p. 341.

dotando así de eficacia vinculante al contenido de estos acuerdos privados. Esto nos lleva a realizar una serie de consideraciones generales acerca del concepto de “fuerza normativa” (A), para examinar seguidamente la fuerza normativa de los instrumentos de *soft law* concluidos en el ámbito del derecho de autor (B).

### A. Consideraciones generales acerca del concepto de “fuerza normativa”

**628.** Un estudio colectivo y pluridisciplinar sobre el concepto de *force normative* (“fuerza normativa”), efectuado bajo la dirección de C. Thibierge<sup>1239</sup> en Francia, trató de responder a la siguiente cuestión: ¿qué es lo que, en Derecho, otorga fuerza a una norma? Es decir, ¿qué es lo que otorga fuerza a una norma legal o espontánea, a una norma de *hard law* o de *soft law*, a una norma jurídica o técnica, a una norma imperativa o supletoria? La conclusión general fue que la respuesta podía ser variable según la especialidad y según las propias normas. Para ello, C. THIBIERGE defiende la utilidad de un concepto de *force normative* por varios motivos, entre los cuales destacan los siguientes: en primer lugar, el concepto tiene una utilidad práctica, por cuanto permitiría actuar como herramienta de diagnóstico de la fuerza de las normas en Derecho. Pero no solamente de las normas jurídicas obligatorias y coercitivas, sino también de aquellas normas que, a pesar de no estar dotadas de una fuerza jurídica *ab initio*, no quedan desprovistas de una cierta fuerza, al menos para proporcionar referencias, es decir, para modelar comportamientos, guiar la interpretación de los jueces, orientar la creación del Derecho por parte del legislador, inspirar el pensamiento de la doctrina o, de forma aún más amplia, las representaciones sociales del Derecho<sup>1240</sup>. En segundo lugar, el concepto de fuerza normativa permite comprender las variaciones de intensidad de una misma norma a lo largo de su evolución. Al contrario de la normatividad o de la positividad, que pueden ser consideradas como cualidades que existen en un momento dado, el de fuerza normativa se inscribe en el tiempo.

En consecuencia, C. THIBIERGE defiende la existencia de tres “polos” de la fuerza normativa<sup>1241</sup>. En primer lugar, el “valor normativo”, o fuerza conferida a la norma por

---

<sup>1239</sup> C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

<sup>1240</sup> C. THIBIERGE, “Le concept de “force normative”, in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative...*, *op. cit.*, p. 816 y s., en p. 817-818.

<sup>1241</sup> C. THIBIERGE, “Le concept de “force normative”, in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative...*, *op. cit.*, p. 822-824.

parte de su emisor. En segundo lugar, el “alcance normativo”, que consiste en la efectividad de la norma “sobre el terreno”, es decir, en los efectos producidos por la norma, y la manera en que ésta es recibida y percibida por parte de sus destinatarios, por los actores sociales y los actores del Derecho. Por último, la “garantía normativa”, que consiste en la garantía del respeto y de la validez de la norma proporcionados por el sistema jurídico, esto es, en la vocación de la norma a ser sancionada o invocada ante la justicia. Sin embargo, no se trata de elementos inherentes a toda norma jurídica, sino únicamente de atributos que le son conferidos por el sistema jurídico. En función del tipo de norma, esta garantía puede ser más o menos completa. Esta dimensión de la fuerza normativa guarda una relación directa con el respeto de la norma. En todos estos polos, las variaciones son posibles. Una norma puede no tener ninguna garantía normativa, como ocurre con ciertos instrumentos de *soft law*. No obstante, una norma débilmente garantizada no queda desprovista de fuerza normativa, e inversamente<sup>1242</sup>. Además, esta fuerza normativa se declina de forma variable según los polos: fuerza obligatoria, recomendatoria, inspiradora, etc.

**629.** De estas afirmaciones se infiere que, a pesar de carecer de fuerza obligatoria o coercitiva, los instrumentos de *soft law* pueden estar dotados de una auténtica fuerza reguladora de las conductas y de las prácticas, esto es, de una “fuerza normativa”<sup>1243</sup>. En otras palabras, existe una fuerza normativa de los instrumentos de “Derecho blando”, que puede tener diferentes intensidades y formas, incluso más allá de su cumplimiento voluntario por parte de sus destinatarios.

## **B. La fuerza normativa de los instrumentos de *soft law***

**630.** Una vez establecido que los instrumentos de *soft law* disponen de una fuerza normativa, corresponde analizar cómo ésta se manifiesta. Indudablemente, la fuerza normativa de los instrumentos de “Derecho blando” en que éstos sean voluntariamente respetados por las partes que los suscriben. La cuestión que aquí nos ocupa es saber si esta fuerza normativa se manifiesta más allá de su cumplimiento no forzado. H.

---

<sup>1242</sup>C. THIBIERGE, “Le concept de “force normative”, in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative...*, *op. cit.*, p. 826.

<sup>1243</sup>J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 159, p. 121.

BARBIER, habla de las diferentes fuerzas normativas del “Derecho blando”: fuerza de inspiración, fuerza de orientación y fuerza de interpretación<sup>1244</sup>. En esta gradación de intensidad de la fuerza normativa de las normas, se ha discutido si existen mecanismos que permitan un “endurecimiento” del “Derecho blando”, mediante los cuales su contenido adquiriera un auténtico valor normativo obligatorio. En este sentido, dos son las vías por las cuales esto sería posible. En primer lugar, los instrumentos de *soft law* pueden alimentar la inspiración del legislador para crear normas obligatorias o vinculantes (1). En segundo lugar, los instrumentos de “Derecho blando” o los compromisos que derivan de los mismos pueden encontrar una normatividad de carácter obligatorio por intervención del Juez (2).

### ***1. El endurecimiento de los instrumentos de soft law por intervención del legislador***

**631.** Los instrumentos de *soft law* pueden desempeñar una función importante en la formación de normas generales. Si bien se les considera “normas ligeras” por su falta de eficacia obligatoria *per se*, esta carencia no impide, sin embargo, que gocen de cierta eficacia jurídica gracias a la influencia que ejercen sobre los Estados, las instituciones comunitarias o los individuos<sup>1245</sup>. En este sentido, se afirma que el *soft law* de hoy es o anuncia el *hard law* de mañana. No se trata de una *lex imperfecta*, de un Derecho defectuoso, sino de un Derecho en gestación, *in statu nascendi*<sup>1246</sup>. En consecuencia, la norma, inicialmente contenida en un instrumento de “Derecho blando” (por ejemplo, en un código de conducta), puede ser recibida por una fuente coercitiva como la Ley, quedando así investida de fuerza obligatoria<sup>1247</sup>. H. BARBIER habla, en este sentido, de la fuerza de “inspiración” de la norma no coercitiva. Ésta, en efecto, encuentra a disposición del legislador o de la doctrina, y pueden inspirarse de tales normas<sup>1248</sup>.

---

<sup>1244</sup>J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 166, p. 127-128.

<sup>1245</sup>A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible...”, op. cit., p. 306.

<sup>1246</sup>A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible...”, loc. cit.

<sup>1247</sup>J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 166, p. 129, n° 399, p. 351.

<sup>1248</sup>J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 166, p. 127

La norma de “Derecho blando” podría ser, en consecuencia, la antesala de una auténtica norma de Derecho duro, una suerte de “norma-modelo”<sup>1249</sup>. Su elaboración y puesta en práctica por las partes daría así lugar a una fase experimental tras la cual, si demuestra ser de utilidad, sería consagrada por el legislador. Esto es relevante si tenemos en cuenta la “tecnicidad” de la norma de “Derecho blando” ya que, al ser elaborada por las propias partes interesadas – habitualmente los profesionales de un determinado sector profesional – permite al legislador conocer las posibilidades reales de un actor de comprometerse a llevar a cabo una acción determinada, así como a evaluar su eficacia en la práctica.

**632.** En el campo de la implicación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en la lucha contra las infracciones de derechos, un ejemplo de “convalidación” legislativa de una práctica que se había llevado a cabo mediante instrumentos de *soft law* la encontramos en el texto del artículo 17 de la Directiva sobre los *Derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital*. En efecto, el contenido de este nuevo artículo parece haberse inspirado ampliamente en los *UCG Principles* firmados en Estados Unidos en el año 2007<sup>1250</sup>. Varios de sus puntos esenciales se convierten así en obligaciones jurídicas: el compromiso, por parte de las plataformas, de implementar tecnologías de identificación de contenidos para prevenir la puesta en línea, por sus usuarios, de obras y objetos protegidos sin autorización; la necesaria cooperación de los titulares de derechos para que faciliten la información destinada al correcto funcionamiento de tales tecnologías de identificación; o la instalación de mecanismos de reclamación y recurso a disposición de los usuarios en caso de conflicto con la aplicación de estas medidas. Junto a esta posibilidad de que los instrumentos de *soft law* se conviertan en normas jurídicas por medio de una intervención legislativa, se observa también un endurecimiento de los mismos por intervención del Juez.

---

<sup>1249</sup>J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 135 y n° 367, p. 307.

<sup>1250</sup>*Vid. supra* n° 574.

## **2. El endurecimiento de los instrumentos de *soft law* por intervención del juez**

**633.** En un principio, los instrumentos de “Derecho blando” son concebidos con la idea de no crear obligaciones entre las partes, en el sentido que el Derecho civil otorga a este término. En efecto, los códigos de conducta, las cartas de compromiso o los memorandos de entendimiento contienen, a menudo, cláusulas que establecen claramente esta falta de carácter obligatorio, lo cual hace que, en principio, su incumplimiento no pueda ser invocado ante la justicia. En este sentido, el informe del *Conseil d’État* de 2013 afirma que, tanto en la jurisdicción civil como en la jurisdicción administrativa, es común el rechazo de principio de asimilar los instrumentos de “Derecho blando” a reglas de Derecho cuya violación sería sancionada por el Juez<sup>1251</sup>.

**634.** No obstante, existen algunos mecanismos jurídicos que podrían permitir que los compromisos contraídos por medio de los instrumentos de “Derecho blando” adquirieran un carácter obligatorio por intervención del Juez. Dicho de otro modo, los instrumentos de *soft law* son susceptibles de transformarse en *hard law* mediante decisiones judiciales<sup>1252</sup>. El contenido de los códigos de conducta o de las cartas de compromiso podría así proporcionar al Juez elementos de interpretación. Éste, a su vez, podría otorgar un carácter obligatorio a los compromisos contraídos al suscribir un código de conducta en base a diversos argumentos. Una primera opción, no del todo convincente, procedería de la calificación jurídica estos instrumentos como creadores de obligaciones entre las partes (a). Una segunda opción supone, por el contrario, ceñirse a la calificación de los compromisos adquiridos por las partes (b).

### **a. La calificación jurídica de los instrumentos de “Derecho blando”**

**635.** Una de las primeras vías para hacer obligatorios los compromisos adquiridos por medios de los instrumentos de “Derecho blando” derivaría de la calificación de los mismos como fuente de obligaciones entre las partes, y principalmente como contratos. El contrato es un acto jurídico que crea obligaciones

---

<sup>1251</sup> Conseil d’État, *Rapport annuel, Le droit souple*, *op. cit.*, 2013, p. 78.

<sup>1252</sup> A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible...”, *op. cit.*, p. 317: “Las normas de *soft law* pueden ser utilizadas por los jueces a la hora de llevar a cabo la justificación externa de sus sentencias, es decir, cuando conforman la premisa mayor del silogismo judicial. Nada obsta a que formen parte de la construcción de la decisión judicial, pero tampoco nada obsta a que el mismo juez las aparte de su decisión, ya que ninguna norma le obliga a tenerlas necesariamente en cuenta”.

entre las partes. Se trata de un acuerdo de voluntades con vistas a producir efectos jurídicos. Además de crear obligaciones, el contrato crea una nueva norma jurídica que se impone a las partes y podrá ser sancionada por el juez<sup>1253</sup>. En consecuencia, el Derecho no se limita a las reglas de alcance general. Los Códigos Civiles francés y español afirman, en este sentido, que el contrato constituye una ley para las partes que lo han concluido<sup>1254</sup>. En consecuencia, el contrato no es sólo creador de derechos, sino que establece una serie de reglas jurídicas. Las mismas son, naturalmente, inferiores a la Ley, lo cual también hace que su contenido escape en gran medida a la voluntad de las partes<sup>1255</sup>. En todo caso, la norma que nace del contrato se opone a las partes como lo haría una norma legal, lo cual significa que esta norma va a servir de referencia al Juez cuando éste deba pronunciarse en el marco de un litigio entre las partes<sup>1256</sup>. En suma, estos actos encierran reglas que son imperativas para aquellos que las han concluido<sup>1257</sup>.

Entre la doctrina, algunos autores no ven inconveniente en que la calificación de contrato sea aplicada por el Juez a ciertos instrumentos de *soft law* como pueden ser las cartas de compromiso o códigos de conducta. P. DEUMIER afirma que aun “descansando en un compromiso voluntario, no hay que extrañarse de que el código de conducta o la *charte* puedan convertirse en una fuente de obligaciones bajo el fundamento contractual”<sup>1258</sup>, sosteniendo así que “el código de conducta podría dejar pensar que no contiene nada distinto de una vaga contractualización de compromisos de tipo ético”<sup>1259</sup>. En el mismo sentido, J. GHESTIN, H. BARBIER y J.-S. BERGÉ consideran que “... las *chartes* o códigos de empresa constituyen a partir de ahora una fuente esencial del “Derecho blando”. Una vez más, las cartas o códigos pueden adquirir un carácter coercitivo a pesar de su origen puramente privado si su contenido encierra compromisos por su parte. Estos pueden, en efecto, ser tratados ya sea como

---

<sup>1253</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 19.

<sup>1254</sup> Art. 1103 del Código Civil francés (“Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits”) y 1091 del Código Civil español (“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”).

<sup>1255</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 172, p. 135.

<sup>1256</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 172, p. 136.

<sup>1257</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, op. cit., n° 363, p. 301.

<sup>1258</sup> P. DEUMIER, “Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques”, op. cit., p. 349.

<sup>1259</sup> P. DEUMIER, “Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques”, loc. cit.

contratos, cuando los códigos y cartas han sido firmados por al menos dos sociedades, o bien como compromisos unilaterales...”<sup>1260</sup>.

Siguiendo estas opiniones doctrinales, un instrumento supuestamente no obligatorio, pero que no se limita a hacer simples recomendaciones sobre la acción o la actitud que deben adoptar las partes implicadas ante una determinada situación, sino por el cual las mismas adquieren compromisos, ya sea con respecto a sí mismas o a la sociedad, constituiría *per se* una fuente de obligaciones. Ciertamente, la similitud entre el contrato y los códigos de conducta es sustancial, por cuanto la especificidad del contrato es la de crear normas consentidas por las partes. Sin embargo, aplicar la calificación de contrato a las cartas de compromiso e instrumentos análogos a los que aquí hemos hecho referencia conlleva una serie de dificultades.

**636.** En primer lugar, algunas de estas cartas de compromiso presentan un carácter sectorial, es decir, son firmadas por organismos que representan los profesionales de un mismo sector. En consecuencia, comprometen a todos los profesionales de dicho sector (por ejemplo, los profesionales del sector de la publicidad), independientemente de que éstos hayan firmado o no la carta expresamente. Esta circunstancia impide que este tipo de instrumentos sean calificados como contratos pues éstos, por definición, obligan únicamente a las partes que los firman. De hecho, en los casos en que la carta o memorando de entendimiento es firmada por los representantes de los profesionales de un determinado sector de actividad, suelen encontrarse fórmulas según las cuales dichos representantes únicamente tienen la obligación de informar a los profesionales del sector de la firma del acuerdo, e incitarles a que respeten en su actividad el contenido del mismo<sup>1261</sup>. En consecuencia, la calificación de contrato quedaría en todo caso excluida en los casos en que la carta tiene una dimensión sectorial.

---

<sup>1260</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, y J.-S. BERGÉ, “Introduction générale”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, op. cit.*, nº 165, p. 126. En el mismo sentido, en nº 369, p. 309, H. Barbier afirma que el código de conducta o la *charte d'entreprise* pueden revestir una fuerza coercitiva según su contenido, ya sea por su recepción a título de contrato o de compromiso jurídico unilateral.

<sup>1261</sup> Vid. por ejemplo el *Memorandum of Understanding on Online Advertising and Intellectual Property Rights* de 2018.



**637.** Existen, con todo, casos, en que las empresas se comprometen individualmente por medio de este tipo de instrumentos<sup>1262</sup>. Es el caso del acuerdo *Google-ALPA-CNC* (firmado entre *Google* y la *ALPA*), de los *UGC Principles* (firmado entre diversas plataformas colaborativas y los representantes de derechos sobre contenidos audiovisuales), o del *Code of Practice on Search and Copyright* (firmado por los motores de búsqueda *Google* y *Bing* con los representantes de los titulares de derechos). Ciertamente, como se vio en el capítulo anterior, estos instrumentos recogen una serie de compromisos que ambas partes acuerdan adoptar, y en su modo de redacción y contenido se aparentan a un instrumento contractual. En este sentido, se encuentran fórmulas tales como “las partes acuerdan...” o “las partes se comprometen a...”. Sin embargo, la descripción de los compromisos que cada una de las partes decide asumir suele venir acompañada de la presencia de cláusulas que establecen de forma explícita que el acuerdo no posee carácter vinculante, no crea derechos ni obligaciones entre las partes, no podrá ser invocado ante la Justicia ni servir como medio de prueba. En nuestra opinión, la presencia de este tipo de cláusulas debería bastar para excluir la calificación de contrato, pues por medio de las mismas las partes ponen claramente de manifiesto su intención de no obligarse. A lo sumo, las *chartes*, acuerdos o códigos de conducta que constituyen el objeto de estudio de este Título corresponderían a lo que J.-M. JACQUET<sup>1263</sup> denomina “*droit souple contractuel*” o “Derecho blando contractual”. Visto desde el ángulo de los tratados o los contratos, éste se presenta como un “Derecho blando” por sustracción, ya que la voluntad de las partes viene marcada por el rechazo de comprometerse en el plano de un tratado o contrato. En principio, el Derecho de contratos podría perfectamente acoger el acuerdo de las partes y conferirle plena fuerza obligatoria si las condiciones que éste impone estuvieran reunidas. Pero precisamente, las partes rechazan o desean poder rechazar este aspecto. A pesar de ello, tampoco desean en absoluto que su acuerdo quede sin efecto. Lo que desean únicamente es evitar el cortejo de consecuencias jurídicas que una inexecución o violación de dicho acuerdo podría conllevar. Éste es concebido para ser plenamente realizado bajo la única coerción de la consciencia del interés y de la importancia de los desafíos o sobre los sentimientos del honor o respeto de la palabra dada.

---

<sup>1262</sup> También existen instrumentos híbridos, en los cuales figuran, entre las partes signatarias, tanto empresas individuales, como asociaciones que representan a los profesionales de un determinado sector profesional. Es el caso del *Memorandum of Understanding on Online Advertising and Intellectual Property Rights* de 2018, el cual comporta ciertos apartados para los “individual signatories” y otros para las “associations”.

<sup>1263</sup> J.-M. JACQUET, “L’émergence du droit souple...”, *op. cit.*, p. 341-342.

**638.** No obstante, una Sentencia de la Corte de Casación francesa de 23 de enero de 2007<sup>1264</sup> otorgó valor coercitivo a un compromiso exclusivamente moral concluido entre empresas. Los hechos eran los siguientes: para poner término a un procedimiento de violación de derechos, dos sociedades de *prêt-à-porter* decidieron firmar un acuerdo transaccional con una tercera. Por medio del mismo, las dos primeras sociedades se comprometían a no copiar los productos comercializados por la empresa competidora. No obstante, en dicho acuerdo, se añadió una estipulación en función de la cual dicho compromiso era exclusivamente “moral”. En consecuencia, cualquier incumplimiento del mismo no podría ser considerado como una inejecución de dicho protocolo. Dicho de otro modo, una de las partes se obligaba, con respecto a la otra, a no copiar sus modelos, pero con la condición de que tal obligación no produjera efectos jurídicos y, por tanto, que su incumplimiento no pudiera ser calificado como una inejecución del contrato, susceptible de abrir el derecho a obtener una reparación.

El mencionado compromiso no fue, sin embargo, respetado, razón por la cual el beneficiario de dicha estipulación interpuso una demanda ante la justicia para tratar de dotarlo de fuerza obligatoria. Las creaciones que eran objeto de litigio carecían de originalidad, lo cual no impidió a la *Cour de cassation* estimar que “comprometiéndose, ya fuera moralmente, a no copiar”, la parte contratante “había expresado su voluntad inequívoca y deliberada de obligarse hacia la sociedad competidora”. La Corte de Casación aprueba, en consecuencia, la decisión de la Corte de Apelación en la cual había considerado que ese compromiso exclusivamente moral “tenía un valor coercitivo para el interesado” y por ello le era oponible.

Esta decisión de la Corte de Casación es singular, puesto que dota de efectos jurídicos a un compromiso exclusivamente moral y expresamente querido como tal por las partes. No hay duda de que, al firmar dicho protocolo, las partes no tenían ninguna voluntad de quedar sometidas a la obligación de no copiar. Sin embargo, dado que la voluntad de comprometerse a no copiar era “inequívoca y deliberada”, un simple compromiso moral se convierte en obligación civil, adquiriendo así un valor coercitivo. No hay duda de que la Corte de Casación francesa otorga, por medio de esta sentencia, una importancia crucial a la lucha contra las infracciones de derechos de autor, o al

---

<sup>1264</sup> Cas. com., de 23 de enero de 2007, n° 05-13.189 (n° 89 FS-P+B), *Camaieu (Sté) y Créations Nelson (Sté)*: D. 2007, p. 442, obs. X. Delpech; *RTD civ.* 2007, p. 340, obs. J. Mestre y B. Fages; *RDC* 2007, p. 697, nota Y.-M. Laithier; *CCE* 2007, Comm. 54, obs. C. Caron.

hecho mismo de copiar un modelo de un competidor, a pesar de carecer éste de originalidad. Algunos autores han considerado que, en realidad, lo que la Corte de Casación impone por medio de esta decisión es un respeto o fidelidad a la palabra dada con el fin de preservar una ética en el mundo de los negocios<sup>1265</sup>. Esta sentencia constituye, en todo caso, una manifestación de la voluntad de los jueces de fijar por ellos mismos las fronteras entre el Derecho y lo que no es Derecho, y no dejar esta cuestión al arbitrio de las partes contratantes.

**639.** La Corte de Casación francesa ha abierto así la vía hacia la posible calificación de un compromiso de “Derecho blando” como una fuente de obligaciones, en el sentido legal del término. Esta vía presenta algunas limitaciones y es discutible que sea la más adaptada. Por ello, una segunda pista a explorar consistiría en detenerse en la calificación jurídica de los compromisos adquiridos.

#### **b. La calificación de los compromisos contraídos**

**640.** Una segunda opción para dotar de fuerza obligatoria al contenido de un instrumento de “Derecho blando” derivaría de la calificación jurídica de los compromisos adquiridos, y no del instrumento de que los contiene. Podemos distinguir aquí una doble perspectiva. A nivel objetivo, el contenido de un código de conducta o carta de compromiso podría equivaler a un estándar de conducta, es decir, a aquello que es correcto o exigible en el tráfico jurídico ante una situación determinada (1). A nivel subjetivo, el factor decisivo sería la creencia legítima que puede suscitar en la otra parte de que el compromiso será cumplido. Esta segunda opción supone, en definitiva, examinar el compromiso desde el ángulo de la creencia que suscita en la otra parte, mediante el recurso a diferentes construcciones doctrinales derivadas de la buena fe o de la confianza legítima (2).

---

<sup>1265</sup>Ch. CARON, “Au nom de l'éthique des affaires: point de copies tu ne feras !”, *CCE* n° 4, avril 2007, Comm. 54; A. BENSAMOUN, “Droit souple et lutte de la contrefaçon en ligne”, *op. cit.*, p. 182;

## 1. El contenido del instrumento de “Derecho blando” como estándar de conducta

**641.** Las *chartes* son herramientas que, en cierta manera, formulan una ética, un buen comportamiento que una o varias empresas tratan de promover. Es cierto que la singularidad de la regla jurídica consiste en su carácter obligatorio, y este es el rasgo que la distingue de otras reglas, como son las reglas de tipo moral. Sin embargo, no es menos cierto que la regla jurídica interactúa, con frecuencia, con la moral. En este sentido, los instrumentos de “Derecho blando” nacen con la vocación de lograr una modelización de los comportamientos hacia una actitud más respetuosa de ciertos valores. Al menos esta es la función preconizada por parte de las instituciones o sujetos que se comprometen a firmar este tipo de acuerdos o compromisos. Pero independientemente de la función de “marketing ético”<sup>1266</sup> que en muchas ocasiones vehiculan los instrumentos de “Derecho blando”, el buen comportamiento que predicán las *chartes* e instrumentos análogos podría ser apreciado por el Juez como constitutivo de un patrón de referencia, un estándar jurídico o modelo de conducta que puede ser considerado objetivamente como diligente, prudente o razonable<sup>1267</sup>.

**642.** En su informe anual de 2013, el *Conseil d’État* afirma, en este sentido, que “un terreno propicio para la toma en consideración de los instrumentos de “Derecho blando” sería el de la culpa (*faute*): los estándares definidos por ellos podrían servir, entre otros elementos, para determinar el carácter culpable de un comportamiento. Podemos ciertamente defender que todo hecho puede jugar este rol, pero el “Derecho blando”, por su valor de referencia, tiene una cierta propensión a hacerlo<sup>1268</sup>. En consecuencia, como afirma P. DEUMIER<sup>1269</sup> “una de las herramientas más acogedoras para el “Derecho blando” es evidentemente el artículo 1382 del Código Civil<sup>1270</sup>, (...), así como, de forma más amplia, las referencias en otras disciplinas a la noción de culpa.

---

<sup>1266</sup>P. DEUMIER, “Chartes et codes de conduite des entreprises: les degrés de normativité des engagements éthiques”, *RTD Civ.* 2009, p. 77.

<sup>1267</sup>P. DEUMIER, “Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques”, *op.cit.*, p. 354-355; M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, n° 83, p. 112-113: la autora hace la misma afirmación acerca de los códigos de conducta.

<sup>1268</sup>*Conseil d’État, Le droit souple, op. cit.*, p. 79.

<sup>1269</sup>P. DEUMIER, “La réception du droit souple par l’ordre juridique”, in *Le droit souple*, Journées nationales, Tome XII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, 2009, p. 113-139, en p. 122.

<sup>1270</sup> Actual artículo 1240 del Código Civil francés, tras la reforma del Derecho de obligaciones operada por medio de la Ordenanza n° 2016-131 de 10 de febrero de 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, y ratificada por medio de la Ley n° 2018-287 de 20 de abril de 2018.

Su encuentro con el “Derecho blando” es inevitable: puesto que el “Derecho blando” tiene por objeto principal orientar los comportamientos en un sentido determinado, entra en contacto con el orden jurídico, el cual ejerce el control de los comportamientos. Las combinaciones de las referencias a la culpa y el “Derecho blando” son así numerosas y permiten dar efecto en el seno del ordenamiento jurídico a las reglas del arte, a las reglas de juego, a la *charte* de un particular, a las recomendaciones de buenas prácticas...”.

En el mismo sentido, F. OSMAN afirma que las normas de “Derecho blando” asumen la función de estándares que permiten al juez apreciar el comportamiento de los operadores privados. Se considera que este tipo de normas definen, de forma más o menos precisa, el comportamiento de un agente prudente. Se trata de estándares, al igual que ocurre con la buena fe o con la diligencia de un buen padre de familia. En consecuencia, el “Derecho blando” no está condenado a su ineffectividad debido a su carácter no coercitivo. El orden estatal participa a la efectividad de una norma de conducta elaborada o dictada por un operador privado en la medida en que en el mismo pueda apreciar un estándar profesional cuya violación sea constitutiva de culpa<sup>1271</sup>. En definitiva, “lo que cuenta no es tanto el aspecto formal del instrumento de “Derecho blando” sino su contenido. Si éste último constituye el reflejo de reglas generalmente aceptadas como las costumbres, los estándares de comportamiento, e incluso los principios generales del derecho, podemos concluir que los jueces estatales quedan autorizados a conferirle el estatus de fuente del Derecho<sup>1272</sup>”.

**643.** Por lo tanto, los compromisos adquiridos por medio de las *chartes* podrían ser elevados por el juez al rango de estándar de conducta o comportamiento, cuya falta u omisión nos situaría en el terreno de la responsabilidad civil extracontractual. Esta responsabilidad por culpa aparece regulada en los artículos 1240 del Código Civil francés y 1902 del Código Civil español. El artículo 1240 del Código Civil francés dice así que “todo hecho del hombre que cause a otro un daño, obliga a aquel por culpa del cual ha ocurrido a repararle”. Por su parte, en términos similares, el Código Civil español establece, en su artículo 1902, que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. En

---

<sup>1271</sup>F. OSMAN, “Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit”, *RTD Civ.* 1995, p. 509.

<sup>1272</sup>F. OSMAN, “Avis, directives, codes de bonne conduite, ...”, *op. cit.*, p. 509.

consecuencia, la multiplicación de las *chartes* que tienen como objetivo implicar a los intermediarios del ecosistema de las comunicaciones digitales, conduciéndoles a adoptar un comportamiento virtuoso es susceptible de crear un verdadero modelo objetivo, una suerte de “persona razonable” o de “buen padre de familia digital”<sup>1273</sup>. Esta noción de “buen padre de familia”, recientemente suprimida del Código Civil francés<sup>1274</sup>, hace referencia al modelo de conducta de la persona sensata y corriente, es decir, a la diligencia media, al estándar o regla de conducta que una sociedad normal espera de un hombre razonable. Correspondería así al juez recurrir a él para controlar *a posteriori* la lealtad de las prácticas de los actores de Internet y ofrecer así un contenido normativo obligatorio a este “Derecho blando”. Esto supondría el paso de un “Derecho blando” a un Derecho duro por medio de la voz del Juez”<sup>1275</sup>. Este razonamiento no implica, sin embargo, la elevación del “Derecho blando” al rango de norma, puesto que se centra en el análisis o valoración del compromiso adquirido. Es este último el que, en su caso, podrá adquirir un valor obligatorio cuando es considerado por el Juez como un patrón o estándar de comportamiento.

## **2. El recurso a construcciones doctrinales derivadas del principio de buena fe o de la confianza legítima.**

**644.** La segunda de las propuestas mediante las cuales el juez podría otorgar efectos vinculantes a los instrumentos de *soft law* consiste en su examen desde la perspectiva de quienes han podido razonablemente creer o confiar en la veracidad y mantenimiento de los compromisos adquiridos por medio de los mismos. A estos efectos, puede resultar de utilidad acudir a una serie de construcciones doctrinales emanadas del principio de buena fe o de la confianza legítima. Se trata de evaluar si la firma de estos instrumentos puede suscitar, cuando se cumplen determinadas condiciones, una creencia legítima por parte de sus destinatarios en el mantenimiento de

---

<sup>1273</sup> A. BENSAMOUN, “Droit souple et lutte de la contrefaçon en ligne”, *op. cit.*; A. BENSAMOUN y C. ZOLYNSKI, “La lutte contre la contrefaçon sur internet: les sources de l’implication des prestataires techniques”, *op. cit.*, p. 64.

<sup>1274</sup> Dicha supresión procede de la reforma del Derecho de obligaciones francés operada en el año 2016. La expresión “buena padre de familia”, se ha visto reemplazada por el de persona razonable, o por el adverbio razonablemente. Así, el actual art. 627 C.c. francés establece, con respecto al titular de un derecho de uso o de habitación, que deberá gozar del bien “razonablemente”, es decir, comportarse como lo haría normalmente un propietario prudente y diligente.

<sup>1275</sup> A. BENSAMOUN, “Droit souple et lutte de la contrefaçon en ligne”, *op. cit.*, p. 182.

la situación creada por medio de los mismos. A diferencia del supuesto anterior, no se trata aquí de examinar el comportamiento de forma objetiva, tratando de ver en él un estándar de comportamiento, sino que se introduce un elemento subjetivo basado en la creencia legítima que estos instrumentos generan una nueva situación entre las partes que va a ser respetada.

**645.** Así, en España, una posible vía para el endurecimiento de las cartas de compromiso o códigos de conducta podría venir de la mano del recurso a la llamada “doctrina de los actos propios”. Basada en la máxima conforme a la cual “nadie puede ir válidamente contra sus propios actos”, esta doctrina consiste en la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, y a la imposibilidad de adoptar posteriormente un comportamiento contradictorio. En consecuencia, postula la eficacia vinculante de los actos propios, y ello partiendo de una idea simple: nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro. Esta respuesta, de creación jurisprudencial, tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables en el comportamiento ajeno. La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento que consiste en la necesidad de observar, en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían prever<sup>1276</sup>. Esta regla tiene un valor normativo. Para demostrarlo, basta con tener en cuenta que es de hecho aplicada, como tal norma jurídica, por los tribunales de justicia y que es criterio decisivo para resolver innumerables litigios que ante ellos se plantean<sup>1277</sup>. Las sentencias del Tribunal Supremo han insistido reiteradamente en que la regla, conforme a la cual “nadie puede válidamente ir contra sus propios actos” tiene en el ordenamiento jurídico español la categoría de principio general del Derecho<sup>1278</sup>.

**646.** Para que pueda aplicarse la doctrina de los propios actos, se requiere, en primer lugar, que una persona haya observado una conducta determinada. Puede, en general, hablarse de conducta cuando lo que el ordenamiento jurídico valora es, no el acto en sí mismo considerado, sino el acto o la serie de actos, en cuanto son reveladores

---

<sup>1276</sup> L. Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 245.

<sup>1277</sup> L. Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 128.

<sup>1278</sup> L. Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 128.

de un modo general de proceder o de comportarse, es decir, cuando revelan una determinada actitud o una determinada toma de posición. Lo que se tiene en cuenta es, pues, una conducta que una persona ha observado. Esta conducta puede inducirse de uno o varios actos, pero sólo debe entrar en consideración en cuanto revela una actitud, una postura, un modo general de proceder<sup>1279</sup>. Esto nos lleva a considerar que la mera firma de una carta de compromiso o de un código de conducta no bastaría, por sí sola, para otorgarle efectos vinculantes en base a la doctrina de los actos propios, sino que sería necesario que los signatarios se comportasen con respecto a lo establecido en dicho documento, actuando de forma lo suficientemente clara, explícita y repetida (es decir, no ocasional) como para generar en un tercero una expectativa de comportamiento futuro. La doctrina de los propios actos lo que tiene en cuenta, más que una declaración de voluntad, es ante todo una forma de comportarse, activa o pasivamente.

En el supuesto que nos ocupa, esto significaría que si, por ejemplo, un motor de búsqueda se compromete, con la ayuda de los titulares de derechos, a retrogradar los enlaces que conducen a sitios web infractores, y efectivamente actúa de este modo, no podría, de forma injustificada, modificar su comportamiento. En estos casos, consideramos que se habría generado una expectativa razonable para los titulares de derechos, los cuales creerían en la efectiva colaboración por parte de estos actores en la protección de sus derechos. Y más aún cuando, como hemos observado, son los titulares de derechos los que proporcionan la información necesaria para que los motores de búsqueda procedan a la retrogradación de los enlaces litigiosos. De lo que se trata aquí es de evitar que el motor de búsqueda decida sin más que la presencia de los enlaces litigiosos les proporciona una fuente de ingresos, y que, en definitiva, no les reporta ninguna compensación colaborar en defensa de los intereses de los titulares de derechos. Por otra parte, esta solución, basada en la subordinación de la eficacia vinculante de la carta de compromiso o del código de conducta a la correcta observación de su contenido se aplicaría igualmente a los instrumentos de carácter sectorial, independientemente de que las empresas o profesionales no los hayan firmado expresamente, en tanto en cuanto se comporten conforme a lo establecido en los mismos.

---

<sup>1279</sup> L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 195.



**647.** En segundo lugar, la regla conforme a la cual nadie puede venir contra sus propios actos significa que una pretensión contradictoria con la propia conducta es inatendible y ha de ser, si se traduce en una actuación judicial, desestimada. La inadmisibilidad de la máxima “*venire contra factum*” no impide, pues, de una manera general, los cambios de parecer de una persona dentro de una situación jurídica. Veda únicamente aquellas “pretensiones” que son contradictorias con el sentido de una conducta anterior<sup>1280</sup>.

Relacionado con este segundo elemento, el tercer presupuesto de aplicabilidad de la regla consiste en la existencia de una contradicción entre la anterior conducta vinculante y la posterior pretensión litigiosa<sup>1281</sup>. Volviendo al caso que nos ocupa, ello supondría que el motor de búsqueda que se ha comprometido a colaborar con los titulares de derechos para retrogradar los enlaces que conducen a contenidos ilícitos, no podría posteriormente alegar en juicio que, en realidad, no tenía ninguna obligación de hacerlo, porque el instrumento carecía de eficacia vinculante.

**648.** Por último, el mecanismo de aplicación de la norma jurídica que sanciona la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria exige, por lo menos, la presencia de dos sujetos o partes a las que podemos denominar sujeto activo y sujeto pasivo. El sujeto activo es la persona titular de un derecho subjetivo o de una facultad que, habiendo observado una determinada conducta, formula después, en el ejercicio de su derecho o de su facultad, una pretensión contradictoria a su conducta anterior. El sujeto pasivo es la persona destinataria de la pretensión y, por lo tanto, también sujeto pasivo del derecho subjetivo o de la facultad, que mediante la pretensión ha de ser ejercitado<sup>1282</sup>. Es cierto que, como hemos indicado, el código de conducta o las cartas de compromiso comportan cláusulas que excluyen la creación de derechos. Sin embargo, el motor de búsqueda que se compromete a retrogradar los enlaces que conducen a contenidos infractores, estaba en su derecho de no hacerlo. Es al comportarse de este modo, de forma inequívoca, y un tanto prolongada (es decir, no ocasional), cuando entendemos que genera en la otra parte una confianza legítima en el mantenimiento del mismo. Es aquí cuando la regla de los actos propios entraría en juego, puesto que la variación de

---

<sup>1280</sup> L. Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 217.

<sup>1281</sup> L. Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 228.

<sup>1282</sup> L. Díez-Picazo Ponce de León, *doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 231.

actitud, sin mayor justificación, causaría un perjuicio a los titulares de derechos, al menos si tenemos en cuenta que, al basarse en una relación de cooperación, dichos titulares de derechos pueden haber invertido importantes medios económicos o materiales para proporcionar al motor de búsqueda en cuestión la información que necesitaba para retrogradar los enlaces litigiosos.

**649.** En consecuencia, el recurso a la doctrina de los actos propios podría constituir, cumpliéndose determinados requisitos, una manera de “normativizar” estos códigos de conducta. Implicaría que un actor que en España firma este tipo de compromisos y comienza a ejecutarlos no podría, posteriormente, desdecirse o contradecirse.

De hecho, sin evocar de forma explícita la doctrina de los actos propios, D. VIGIL DE QUIÑONES OTERO sostiene que el respeto del contenido de un código de conducta es una exigencia derivada del principio de buena fe. En este sentido afirma que “tomando en un sentido estricto los códigos de conducta desde las fuentes de las obligaciones y del Derecho, si concluimos [...] que un código de conducta no es ley, ni costumbre, ni obligación voluntaria de raíz contractual o de otro tipo [...], entonces *a priori* no hay exigencia jurídico-coactiva de cumplir las prescripciones del código de conducta. Sin embargo, si partimos del papel que juega la buena fe en el desarrollo de nuestro Derecho (Art. 1, 7, 1107, 1255, 1258, 1275 CC), debemos entender que, aunque no sea parte de la obligación legal o voluntaria *stricto sensu*, observar un código de conducta que uno ha aceptado es una exigencia de la buena fe. [...]. En este orden, los códigos de conducta, por una parte, deben cumplirse por cuanto su publicación o la adhesión a los mismos crean unas determinadas condiciones de confianza”<sup>1283</sup>.

**650.** En el mismo sentido, entre la doctrina francesa, LAROUER<sup>1284</sup> afirma que los códigos de conducta podrían participar en la evaluación de la buena fe de una empresa, confrontando las acciones llevadas a cabo con el discurso mantenido. Para ello, la autora se apoya en la tesis de J.-B. Racine<sup>1285</sup>, el cual plantea el recurso a los códigos de conducta bajo en ángulo de la buena fe invocando la apariencia engañosa

---

<sup>1283</sup> D. VIGIL DE QUIÑONES OTERO, *Los códigos de conducta y el derecho registral e inmobiliario*, Tesis Doctoral, UCM, Madrid, 2017, p. 68

<sup>1284</sup> M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, Paris, 2018, nº 94, p. 128 y s.

<sup>1285</sup> J.-B. RACINE, “La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l’environnement”, *Revue juridique de l’environnement*, 4/1996, p. 404-429.

(*apparence trompeuse*) y el *estoppel*. La apariencia engañosa implica una situación de hecho visible y una creencia errónea. Ambas condiciones quedarían cumplidas por los códigos de conducta: la visibilidad del código queda asegurada por su amplia publicidad (en este sentido, lo mismo podemos decir de muchos acuerdos o cartas de compromiso firmados con los intermediarios en línea, puesto que se le suele dar una importante publicidad mediática a la conclusión de los mismos, Cuestión distinta es que los términos del mismo permanezcan secretos). En cuanto a la percepción de dichos códigos por parte de sus destinatarios, su difusión, la naturaleza misma de sus disposiciones – que consisten en compromisos – resultan propicios para suscitar la creencia de que estos documentos contienen verdaderas obligaciones jurídicas. El *estoppel* es un concepto anglo-americano que, cuando es denominado *estoppel by representation* designa la “interdicción hecha a la persona que, por sus declaraciones, sus actos o su actitud, es decir, por la “representación” que ha podido dar de una situación dada, ha conducido a otra persona a modificar su posición en detrimento suyo o en beneficio de la primera, de establecer en justicia un hecho contrario a su “representación” inicial”. Dos son los polos que forman el *estoppel*: la contradicción en la actitud de un sujeto y la confianza de aquel que lo invoca.

**651.** Por otra parte, en su tesis consagrada a los códigos de conducta<sup>1286</sup>, M. LAROUER pone de manifiesto el carácter incierto de la voluntad del autor de tal código de comprometerse. Por ello, propone abandonar el razonamiento basado en la voluntad del autor del mensaje para poner el foco de atención en lo que sus destinatarios podrían legítimamente esperar. En consecuencia, propone recurrir a la formulación amplia de la definición legislativa del cuasicontrato<sup>1287</sup> para obligar a las empresas que emiten los códigos de conducta a respetar sus compromisos, ya que éstos son susceptibles de generar en sus destinatarios una creencia en su veracidad. Para ello se apoya en una Sentencia de la Cámara Comercial de la Corte de Casación<sup>1288</sup>, la cual afirma de forma implícita que, en Derecho francés, la lista oficial de los cuasicontratos no es limitativa, de manera que es posible una creación pretoriana<sup>1289</sup>. De hecho, en una ulterior

<sup>1286</sup> M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, Paris, 2018

<sup>1287</sup> Art. 1300 del Código Civil francés, apartado 1º: “Los cuasicontratos son hechos puramente voluntarios del hombre, de los cuales resulta un compromiso cualquiera hacia un tercero, y a veces un compromiso recíproco entre las partes”.

<sup>1288</sup> Cas. Com., 26 oct. 1999, nº 96-19.156, *Bull. civ.* IV, nº 193, p. 164; *D.* 2000, somm. P. 328, obs. A. Honorat; *D.* 2000, p. 383, nota A. Péliissier; *JCP E* 2000, p. 127, nº 7, obs. M. Cabrillac y P. Pétel; *Dr. et pat.* 2000, nº 78, p. 100, obs. M.-H. Monserière-Bron; *Dr. et pat.* 2002, p. 104, obs. C. Asfar.

<sup>1289</sup> M. LAROUER, *Les codes de conduite... op. cit.*, nº 116-118.

Sentencia de 6 de septiembre de 2002<sup>1290</sup>, la Corte de Casación creó un nuevo cuasicontrato, calificado por la doctrina de “falsa promesa” (“*fausse promesse*”)<sup>1291</sup> o de “creación de ilusión” (“*création d’illusion*”)<sup>1292</sup>, y que reside en el anuncio de una pseudo-ganancia. En base a esta concepción particularmente amplia, la categoría del cuasicontrato en Derecho francés no se presenta únicamente como un mecanismo de restitución o de compensación, sino igualmente como una técnica que permite sancionar las promesas que no tienen mañana<sup>1293</sup>. Por otra parte, en lo que a la percepción del destinatario del mensaje se refiere, M. LAROUER propone el concurso de la teoría de la apariencia (*théorie de l’apparence*), así como del “cuasi-compromiso” (*quasi-engagement*).

**652.** La teoría de la apariencia ha sido considerada por algunos autores como una nueva variedad de cuasicontrato<sup>1294</sup>. Su objetivo es transformar en auténtico Derecho aquello que no es más que una apariencia engañosa, con la condición de que ésta sea lo suficientemente importante como para haber inducido a error a un tercero. En consecuencia, la apariencia crea, en beneficio de un tercero destinado a ser protegido, el derecho que ha creído legítimamente adquirir. La apariencia supone una situación de hecho visible. En este sentido, los códigos de conducta como las cartas de compromiso suelen ser objeto de una importante publicidad mediática, a pesar de que en ocasiones el contenido preciso que estos instrumentos recogen permanezca secreto, sin duda por la buena imagen que permiten vehicular de la empresa<sup>1295</sup>. Por otra parte, se exige una creencia legítima equivocada.

---

<sup>1290</sup>Cas. ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22.981; *D.* 2002, p. 2963, nota D. Mazeaud y p. 2531, obs. A. Lienhard; *CCC* 2002, n° 151, obs. G. Raymond; *JCP* 2002, II, 10173, nota S. Reifegerste; *RLDA* 2002, n° 54, n° 3427, chron. B. Fages. En esta Sentencia, el máximo órgano jurisprudencial francés estimó que “la persona que organiza una lotería que anuncia una ganancia a una persona determinada sin poner en evidencia la existencia de un imponderable queda obligada, por este hecho puramente voluntario, a entregarla”.

<sup>1291</sup>F. TERRÉ, Ph. SIMLER y Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11ª ed., Dalloz, 2013, n° 1029-1, p. 1085.

<sup>1292</sup>A. Bénabent afirma que la idea de este tipo de cuasicontrato es que “el anunciante crea una ilusión, haciendo creer [a otro] en un compromiso que en realidad no pretende adoptar”: A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 15ª ed., 2016, n° 502, p. 384.

<sup>1293</sup>D. MAZEAUD, “D’une source, l’autre...”, *D.* 2002, p. 2963.

<sup>1294</sup>A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 15ª ed., 2016, n° 489 y s., p. 375-376.

<sup>1295</sup>Algunos autores apuntan así la función de “marketing ético” que en muchas ocasiones recubren los instrumentos de “Derecho blando”. En este sentido, DEUMIER (P.), “Chartes et codes de conduite des entreprises: les degrés de normativité des engagements éthiques”, *RTD Civ.* 2009, p. 77.

**653.** Por su parte, la teoría del cuasi-compromiso es fruto de la tesis doctoral de C. GRIMALDI<sup>1296</sup>. En ella, el autor propone crear una nueva fuente de obligaciones que consiste en un mecanismo por medio del cual aquel que, a conciencia, no se compromete más que en apariencia, debe ejecutar su compromiso con respecto a aquel que ha creído en él de forma legítima<sup>1297</sup>. Las condiciones de aplicación de esta construcción doctrinal son dos: un incumplimiento por parte de aquel que se ha comprometido a realizar algo, y una creencia legítima por parte del beneficiario de este mecanismo. C. GRIMALDI propone precisamente la aplicación de su teoría del *quasi-engagement* a una hipótesis muy próxima de las cartas de compromiso o de los códigos de conducta como son los compromisos de honor (*engagements d'honneur*)<sup>1298</sup>. Todos estos instrumentos tienen en común el hecho de que todos derivan de una práctica situada en el ámbito de las relaciones de negocios, carecen de fuerza vinculante y se apoyan en el respeto a la palabra dada. GRIMALDI afirma pues, que más que tratar de caracterizar una voluntad real del autor del compromiso de honor, que a menudo está ausente, es preferible apoyarse en la creencia legítima del beneficiario de dicho compromiso<sup>1299</sup>.

**654.** Ambas propuestas doctrinales se basan, por tanto, en la creencia legítima del destinatario, de ahí su proximidad con la noción de buena fe. Sin embargo, ¿cómo apreciar este elemento subjetivo, basado en la creencia legítima? ¿Podríamos considerar que, por medio de la firma de cartas de compromiso e instrumentos análogos, los titulares de derechos depositan su confianza legítima en las plataformas en línea u otros prestadores de servicios, es decir, que creen legítimamente en la protección de sus derechos por parte de estos actores? Al igual que hemos afirmado con respecto a la doctrina española de los actos propios, opinamos aquí que la conclusión de una carta de compromiso no basta por sí sola para crear esta confianza legítima, puesto que ambas partes son conscientes de la falta de carácter obligatorio de las cláusulas que en ella se

---

<sup>1296</sup>C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, *Recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, 2007.

<sup>1297</sup>C. GRIMALDI, *Quasi-engagement...*, *op. cit.*, n° 67.

<sup>1298</sup> Los llamados “engagements d'honneur” serían la transposición de la expresión anglosajona de los *gentlemen's agreement* (“pacto de caballeros”). Se refieren a un acuerdo de tipo particular en el marco de relaciones estrictamente interpersonales. Tienen una aplicación heterogénea, que va desde las relaciones familiares o amicales, a las relaciones profesionales, comerciales o interestatales. El mundo de los negocios es el terreno de predilección de este tipo de acuerdos por su flexibilidad y adaptabilidad M. LAROUER, *Les codes de conduite...* *op. cit.*, n° 87, p. 119 y 120. En el mismo sentido, B. OPPETIT, “L'engagement d'honneur”, *D.* 1979, Chron. p. 107, n° 5, p. 108). Los compromisos de honor se sitúan próximos al *soft law* debido a su carácter no coercitivo.

<sup>1299</sup>C. GRIMALDI, *Quasi-engagement...*, *op. cit.*, n° 290-1.

establecen. Distinto sería el caso en que existiera un comienzo de ejecución, donde a la promesa o declaración de intenciones se le sumaría la existencia de una serie de serie de actos conformes con la misma. Consideramos que dicha serie de actos, en tanto en cuanto sea inequívoca y se dé de una forma un tanto continuada, podría efectivamente suscitar en los titulares de derechos una confianza legítima en la protección de sus derechos por parte de determinados prestadores de servicios en línea, y más cuando en base a esta actitud, los titulares de derechos han proporcionado las herramientas o informaciones necesarias para que dicha protección pudiera ser efectiva.

## CONCLUSIÓN GENERAL

**655.** *Peer-to-peer, streaming, enlaces, framing, cloud computing, user-generated-content, video on-demand, webradios, snippets...* las obras conocen una infinidad de nuevos usos en el entorno digital. Nuevos usos que han puesto de manifiesto una pérdida de eficacia del derecho exclusivo de explotación para defender correctamente los intereses de los titulares de derechos y asegurarles un beneficio económico adecuado. El derecho de autor, concebido en contemplación de un universo analógico, no estaba adaptado para hacer frente a estas nuevas formas de difundir, reproducir, transformar o consumir las obras en las redes electrónicas. La vulnerabilidad de la obra carente de soporte, y las facilidades de reproducción y transmisión puestas a disposición de millones usuarios individuales de la red han provocado un desequilibrio *de facto* para los intereses de los titulares de derechos. La necesidad de encontrar nuevos puntos de equilibrio en la disciplina aparece como una evidencia, y así lo demuestra la sucesión vertiginosa de reformas legislativas del marco normativo del derecho de autor. Menos evidente es la consecución efectiva de dicho equilibrio, en un contexto complejo en el que se entremezclan factores tecnológicos, económicos y sociológicos, y en el que cualquier revisión del marco legal provoca tensiones exacerbadas entre los intereses de los autores y la satisfacción de los intereses de los usuarios de las obras, ya sean estos simples particulares, o profesionales.

En este sentido, las leyes modernas en materia de derechos de autor han tratado de establecer un equilibrio entre un tríptico de actores: autores, intermediarios y público. Dicho de otro modo, su finalidad es la de ponderar los intereses asociados a la creación, a la explotación y a la recepción o disfrute de las obras. Ciertamente, en los sistemas de derecho de autor continental, no todos estos intereses tienen el mismo peso. Dichos sistemas giran en torno a una concepción *in favorem auctoris*, según la cual los intereses del autor se sitúan en el centro del dispositivo. Ello no obsta para considerar que la protección que dispensa el derecho exclusivo deba ceder, en determinadas circunstancias, para favorecer otros intereses.

En el contexto digital, la protección de los intereses del autor adolece de una incomprensión considerable: cualquier intento por preservarlos es considerada desproporcionada, incluso vista como una intromisión en los derechos o intereses

ajenos. De ahí la dificultad para lograr un equilibrio entre la preservación de los derechos de los creadores y otros titulares de derechos y la satisfacción de los intereses de un público que reclama la gratuidad, la abundancia y la inmediatez en el acceso a los bienes culturales en línea. La misma dificultad existe a la hora de tratar de conciliar los derechos de los autores con los intereses de determinados prestadores de servicios en línea, que pretenden poder utilizar las obras libremente, sin recabar las autorizaciones de los titulares de derechos ni remunerarles bajo el pretexto de que los actos de explotación que realizan son en realidad cometidos por sus usuarios (plataformas contributivas, redes *peer-to-peer*), o bien tienen una mínima entidad que no justifica su cobertura por el derecho exclusivo (por ejemplo, la utilización de pequeños fragmentos de texto y de imágenes a tamaño reducido en los servicios de agregación de noticias de actualidad). La polémica adopción de la Directiva 2019/790 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* constituye la ilustración más reciente, a la vez que evidente, de esta pugna entre intereses contrapuestos.

**656.** Una mirada hacia la historia del derecho de autor desde el incipiente desarrollo de las redes digitales hasta su estado actual pone de manifiesto la existencia de una evolución constante, y lejos de estar ya acabada, del marco legislativo y jurisprudencial. Una evolución en la que se refleja esa laboriosa búsqueda de nuevos puntos de equilibrio a la que se enfrenta el derecho de autor contemporáneo. A modo de conclusión del presente trabajo, podemos evaluar la dicha evolución de forma transversal, analizando su impacto en tres pilares básicos del monopolio de explotación: su definición, las excepciones al mismo y, finalmente, sus mecanismos de defensa.

## **I. La definición del monopolio de explotación a la luz de los nuevos usos de las obras en el entorno digital**

**657.** Partiendo de la base de que el derecho de autor se ha mostrado ineficaz, inadaptado e incluso debilitado ante los nuevos usos de las obras en línea, una de las primeras cuestiones que parece legítimo plantearse es si la definición legal del monopolio de explotación estaba adaptada a las particularidades del entorno digital. En este sentido, los sistemas de derecho de autor continental – tradición de la que forman parte los Derechos francés y español – descansan en una concepción amplia del monopolio de explotación. En una disciplina fuertemente condicionada por la evolución tecnológica, y ante la necesidad de que el autor no quede desprotegido frente a las



nuevas modalidades de explotación de las obras, el legislador ha optado por una técnica legislativa particular. Las prerrogativas que conforman el derecho exclusivo de explotación se encuentran en efecto definidas en términos muy amplios, y en modo alguno son limitativas. Es así como los primitivos derechos de reproducción y de representación, reconocidos en los Decretos Revolucionarios en Francia en contemplación de la edición impresa y la representación teatral, han llegado a nuestros días y se aplican en Internet. Y ello con la singularidad de que ambas prerrogativas, a menudo, se solapan o superponen en los nuevos usos de las obras en línea. Por su parte, las comunicaciones interactivas o “a la demanda”, han quedado incluidas dentro ámbito del derecho de comunicación pública, sin que haya sido necesario reconocer un nuevo derecho. Todo ello quiere decir que no hayan surgido dudas acerca de la calificación jurídica de algunos de estos nuevos usos de las obras. Así lo pone de manifiesto el volumen de cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente, en lo que se refiere a la interpretación de la noción de comunicación pública.

**658.** Esta definición amplia del derecho patrimonial del autor ha permitido que los usos de las obras efectuados por los internautas – desde la descarga de un archivo mediante una red *peer-to-peer*, hasta aquellos más supuestamente banales como es el hecho de compartir una fotografía protegida en el perfil de una red social – queden incluidos dentro de la órbita del derecho de exclusivo de explotación. Cuestión distinta es la capacidad del mismo para perseguir y sancionar de forma efectiva los actos cometidos por millones de internautas individualmente, no ya sólo por las dificultades materiales que ello conlleva, sino también porque cualquier intento de sancionar a los particulares haya sido visto como ilegítimo y desproporcionado.

**659.** Igualmente difícil ha resultado hacer valer el derecho exclusivo de explotación frente a ciertos prestadores de servicios en línea, tales como los servicios de agregación de noticias, los motores de búsqueda de imágenes o las plataformas que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea (plataformas *user-generated-content* o “contributivas”). Bajo el pretexto de que los usos que llevan a cabo de las obras tienen una mínima entidad, o que éstos son en realidad obra de los usuarios de sus

servicios<sup>1300</sup>, estos nuevos intermediarios de las comunicaciones digitales se han opuesto toda negociación para la obtención de licencias de uso sobre los contenidos a los que facilitan el acceso. Este desequilibrio en la relación entre los titulares de derechos y los prestadores de servicios en línea ha ocasionado un fenómeno de “brecha del valor” o *value gap*. En este sentido, la Directiva 2019/790 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital* ha incluido entre sus disposiciones una serie de medidas destinadas a lograr un mejor reparto del valor asociado a la circulación de obras y objetos protegidos en línea. La posición de los editores de prensa frente a los servicios de agregación de noticias de actualidad se ve en teoría mejorada mediante el reconocimiento, en favor de los primeros, de un nuevo derecho vecino o conexo de una duración de dos años para los actos de reproducción y comunicación pública de sus publicaciones en línea (art. 15). Por su parte, el artículo 17 ha descartado la aplicación del régimen de responsabilidad atenuada prevista en beneficio de los prestadores de servicios de alojamiento a las plataformas contributivas, estableciendo así nuevas obligaciones a cargo de las mismas para con los titulares de derechos. Ambas disposiciones son, sin embargo, el fruto de una delicada negociación en la que el punto de equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos, los prestadores de servicios y sus usuarios ha sido particularmente difícil de lograr y se ha hecho a cambio de importantes concesiones.

## **II. Las excepciones al derecho de autor a la luz de los nuevos usos de las obras en el entorno digital**

**660.** Si bien el derecho de autor tiende primordialmente a la satisfacción de los derechos de los creadores, la protección que dispensa debe, en ocasiones, ceder para satisfacer otros intereses. Las excepciones constituyen así el lugar por antonomasia en que se realiza el equilibrio entre la protección de los derechos del autor y los intereses ajenos. Por ello, no es de extrañar que sea en este campo donde la evolución del derecho de autor ha sido más acusada, y haya estado marcada por diversos vaivenes que ilustran la permanente búsqueda de un equilibrio entre la creación y la utilización de las obras. Conviene en todo caso recordar, a título preliminar, que casos en que el autor se ve

---

<sup>1300</sup> Especialmente problemática ha resultado, en este sentido, la aplicación del régimen de irresponsabilidad condicionada previsto en beneficio de los prestadores de servicios de alojamiento de datos (art. 14 Dir. 2000/31/CE) a las plataformas colaborativas o contributivas.

despojado de su derecho se conciben como casos especiales. Se encuentran, en consecuencia, enumerados taxativamente en la Ley y han de ser interpretados restrictivamente.

**661.** Concebidas como espacios de libertad, las excepciones al derecho de autor han sido el refugio de las pretensiones de los usuarios tendentes a una utilización libre y gratuita de las obras en el entorno digital. De entrada, el propio sistema cerrado de excepciones, es sometido a la crítica, abogando por el reconocimiento de una cláusula amplia y abierta, a imagen de cuanto ocurre en los sistemas de *fair use*. Se considera que tal mecanismo dotaría de mayor flexibilidad al sistema ante las evoluciones tecnológicas y permitiría lograr un mejor equilibrio al sustraer del monopolio de explotación ciertos usos de pequeña entidad. La propia regla de los tres pasos ha sido empleada en este sentido<sup>1301</sup>, sacándola de su contexto habitual que es el de salvaguardar el principio de interpretación estricta de las excepciones de forma que su puesta en marcha no llegue a ocasionar una situación de desequilibrio para los intereses de los autores. Se suele olvidar que, aunque ciertos usos de las obras en el entorno digital puedan parecer inocuos para la explotación normal de la obra, su ejecución a gran escala los hace especialmente perjudiciales.

**662.** Se observa asimismo un riesgo de creación de “meta-excepciones” como consecuencia de la invocación de los derechos fundamentales – y principalmente los derechos a la libertad de expresión y de información – como medios de defensa autónomos. Ello obliga al juez a la realización de un equilibrio a la luz de las circunstancias del caso (*in concreto*), subjetivo y carente de seguridad jurídica. Por medio de sus sentencias de 29 de julio de 2019<sup>1302</sup>, el TJUE parece haber puesto fin a estas derivas jurisprudenciales que han tenido lugar en algunos Estados miembros<sup>1303</sup>, al confirmar que la lista de excepciones establecida en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE es limitativa, y cualquier otro tipo de solución pondría en entredicho la efectividad de la armonización del derecho de autor en la Unión Europea.

---

<sup>1301</sup> STS de 3 de abril de 2012, *Megakini c/ Google*

<sup>1302</sup> CJUE, 29 juillet 2019, aff. C-476/17 (*Pelham GmbH c/ Ralf Hütter*); C-516/17 (*Spiegel Online GmbH c/Volter Beck*) et C-469/17 (*Funke Medien NRW c/ Allemagne*).

<sup>1303</sup> Vid. en Francia los asuntos *Alix Malka c/Peter Klasen* (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2015, n° 13-27.391 y CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029; y *Dialogue des Carmélites* (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, n° 15-28.467 y CA Versailles de 30 de noviembre de 2018, n° 17/08754).

**663.** Más laxo se ha mostrado, sin embargo, el Tribunal de Justicia a la hora de ajustarse al principio de interpretación estricta de las excepciones al derecho de autor. Así, bajo el pretexto de salvaguardar el efecto útil de una excepción y respetar su finalidad, el propio TJUE ha procedido a una ponderación de intereses *in concreto* que ha terminado saldándose inclinando la balanza del lado del derecho fundamental que motiva la excepción<sup>1304</sup>. Corresponderá, en todo caso, a la jurisdicción nacional decidir dónde pone el cursor.

**664.** Por otra parte, la presión en favor una ampliación de los espacios de libertad ha motivado cierta precipitación por parte de los legisladores nacionales por reconocer nuevas excepciones al derecho de autor fuera de la lista europea<sup>1305</sup>. Y ello con carácter previo a una intervención del legislador europeo que ha reconocido cuatro nuevas excepciones obligatorias al derecho exclusivo en los artículos 3 a 6 de la Directiva 2019/790 *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*.

**665.** Más pasivos se han mostrado, sin embargo, los legisladores a la hora de incluir los nuevos soportes desmaterializados de almacenamiento a distancia (*cloud computing*) en el ámbito de la compensación por copia privada. Más allá de las dudas acerca de la calificación jurídica de las reproducciones para uso personal que tienen lugar en la nube – principalmente dado que la copia se realiza con la asistencia de un tercero – la reticencia o pasividad del legislador a intervenir en este campo se explica seguramente por las polémicas que ha generado el pago de la compensación por copia privada entre la opinión social<sup>1306</sup>. Dado que muchos de los servicios de reproducción en la nube son prestados de forma supuestamente gratuita para el usuario, una intervención en este campo resultaría especialmente conflictiva.

---

<sup>1304</sup> Así ha ocurrido en cuanto a las excepciones de cita (STJUE, 1<sup>er</sup> déc. 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer* y STJUE, 29 juillet 2019, asunto C-476/17, *Pelham GmbH c/ Ralf Hütter*) ; de parodia (STJUE, de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/12, *Deckmyn et al. c/ Vandersteen*) o en cuanto a la extensión de la excepción de préstamo a los libros digitales (STJUE, de 10 de noviembre de 2016, asunto C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken*). En dos de las sentencias dictadas el 29 de julio de 2019, el TJUE ha confirmado que la salvaguarda del efecto útil de las excepciones reviste una importancia particular cuando éstas están destinadas a garantizar el respeto de ciertas libertades fundamentales: STJUE de 29 de julio de 2019, asuntos. C-516/17 (*Spiegel Online GmbH c/Volter Beck*) y C-469/17 (*Funke Medien NRW c/ Allemagne*).

<sup>1305</sup> Art. 32.2 TRPLI y art. L. 122-5, 10<sup>o</sup> CPI

<sup>1306</sup> Polémica que en algunos Estados miembros ha conducido a un intento de consagración de un sistema de copia privada “gratuita” o “pseudo-gratuita”, como es el caso de España y del Reino Unido. Ambos sistemas han sido posteriormente invalidados.

**666.** Las afirmaciones anteriores muestran, en consecuencia, una tendencia hacia la ampliación de los espacios de libertad en favor de los usuarios en el entorno digital. Sin embargo, si nos situamos del lado de los titulares de derechos, el movimiento es justamente el contrario: ante los riesgos inherentes al entorno digital, éstos han tratado de reforzar la eficacia de su monopolio de explotación. La distribución del contenido digital se acompaña así de licencias que regulan de forma detallada el uso autorizado del ejemplar. Estos términos de uso se refuerzan mediante la presencia de dispositivos tecnológicos que contienen la reproducción y la difusión de la obra. El contrato y el recurso a las medidas tecnológicas de protección constituyen así el pilar de la comercialización de las obras en línea. Sin embargo, ambas herramientas otorgan a los titulares un poder inédito, que puede llegar a entrometerse en ciertos actos que en el entorno analógico resultaban libres por el juego de una excepción u otro tipo de limitación al derecho exclusivo. La contractualización del uso de la obra conlleva, en definitiva, un riesgo de contractualización de las excepciones, con la consiguiente redefinición discrecional de los contornos del monopolio de explotación y una posible ruptura del equilibrio reconocido por el legislador. La práctica va desde una regulación detallada de las condiciones en las que puede realizarse una copia del ejemplar para uso privado (soportes, número máximo de copias, calidad, etc.), hasta la imposición de limitaciones que afectan a la utilización del mismo en la esfera pública, tales como prestarlo, revenderlo o dejarlo en herencia.

**667.** Parece difícil sostener que una configuración en la que el titular de derechos define de forma discrecional las condiciones en que pueden obtenerse reproducciones adicionales de un ejemplar para su uso en la esfera privada o doméstica, y puede controlar que todo se haga de conformidad con dichas condiciones, encaje realmente con lo que hasta ahora se consideraba como copia privada. Más allá, se ha planteado igualmente si las excepciones o limitaciones al ejercicio del derecho exclusivo se aplican *mutatis mutandis* al entorno digital, es decir, si el equilibrio logrado fuera de línea es, o ha de ser, el mismo en línea. Tanto en materia de derecho de préstamo<sup>1307</sup>, como en materia de agotamiento del derecho de distribución sobre una licencia de un programa de ordenador<sup>1308</sup>, el TJUE ha considerado que no hay razón de que ambas limitaciones al derecho exclusivo no se extiendan a los ejemplares intangibles. Ahora

---

<sup>1307</sup> STJUE de 10 de noviembre de 2016, asunto C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken*

<sup>1308</sup> STJUE de 3 de julio de 2012, asunto C-128/11, *UsedSoft GmbH y Oracle International Corp.*

bien, ello siempre y cuando el préstamo de un libro digital o la reventa de una licencia de un programa informático se hagan en condiciones sustancialmente similares a las del ejemplar físico. Esta afirmación no debe sin embargo ser generalizada. Algunos modelos de negocio, como las plataformas de reventa de ficheros musicales en línea, difícilmente podrían reproducir un equilibrio equivalente al instaurado por el legislador en el entorno analógico, pues esta circunstancia crearía, en definitiva, auténtico mercado paralelo, al de la explotación primaria de la obra<sup>1309</sup>.

**668.** Por otra parte, la circunstancia de que las medidas tecnológicas pudieran afectar al ejercicio de una excepción legalmente establecida fue ya prevista por el legislador en la Directiva 2001/29/CE. Considerando algunas excepciones al derecho exclusivo como especialmente importantes, su artículo 6.4 estableció un mecanismo de garantía en favor de las mismas. El mismo podía sin embargo quedar paralizado si las licencias que acompañan la distribución de contenido digital en línea establecían lo contrario. Ocurre así que cuando la obra es puesta a disposición del público en línea con arreglo a lo convenido por contrato, el derecho de autor se vuelve un derecho potencialmente carente de excepciones. Se explica así que, con el fin de restaurar el equilibrio entre la protección de los titulares de derechos y los usuarios de las obras, haya surgido la idea de que ciertas excepciones adquirieran un carácter imperativo o de orden público. La Directiva 2019/790 ha reconocido así tres nuevas excepciones (minería de datos con fines de investigación; utilización de obras y prestaciones protegidas en actividades pedagógicas digitales y conservación del patrimonio cultural) cuyo ejercicio no puede ser derogado por contrato.

**669.** En un sentido similar, la obligación que la Directiva 2019/790 establece a cargo de las plataformas contributivas de instalar herramientas tecnológicas de filtrado con el fin detectar de forma precoz la presencia no autorizada de obras y prestaciones protegidas, se acompaña de un mecanismo de garantía de las excepciones de los usuarios del servicio, y particularmente aquellas de parodia y de cita. A tal fin, el artículo 17.9 de dicha Directiva prevé la obligación de implementar mecanismos de reclamación y recurso ágiles y eficaces que estén a disposición de los usuarios de sus

---

<sup>1309</sup> En este sentido, una Corte de Distrito estadounidense ha invalidado el modelo de negocio de una plataforma de reventa de archivos musicales (United States District Court, Southern District of New York, nº 12 Civ. 95 (RJS), *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 30 de marzo de 2013), del mismo modo que, en Alemania, un tribunal de Hamburgo ha declarado conformes a derecho las licencias que impiden la reventa de un archivo (OLG Hambourg, de 24 de marzo de 2015, nº 10 U 5/11).

servicios en caso de litigio sobre la inhabilitación del acceso a obras u otras prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada. Se aprecia así una tendencia cada vez más acusada a caracterización de las excepciones al derecho exclusivo de explotación como auténticos derechos subjetivos de los usuarios, algo que la Corte de Casación francesa había rechazado en su Sentencia *Mulholland Drive*<sup>1310</sup>.

### **III. El origen de nuevos mecanismos de defensa de los derechos de autor a la luz de los nuevos usos de las obras en el entorno digital**

**670.** Como vimos en el apartado I de esta sección, el debilitamiento del derecho exclusivo del autor en las redes digitales no ha venido de la falta de reconocimiento de derechos capaces de adaptarse a los nuevos usos de las obras, sino que más bien procede de la ausencia de mecanismos para hacerlo efectivo. De nada sirve, en efecto, disponer de un derecho definido en términos muy amplios si no se disponen de mecanismos para exigir su respeto ante la justicia. En consecuencia, la búsqueda de un nuevo equilibrio también se ha manifestado en el terreno de los mecanismos de defensa del derecho exclusivo.

**671.** Ante la presencia de infracciones cometidas individualmente por millones de usuarios en línea, una de las vías que se han barajado es la de responsabilizar directamente al internauta por la comisión de actos de reproducción y puesta a disposición no autorizados. Si esta solución ha quebrado en España por diversos motivos, las primeras decisiones judiciales en Francia no dudaron en aplicar a los particulares las penas previstas en el delito de *contrefaçon*, si bien de una forma muy moderada. Con el fin de suavizar aún más la respuesta, se puso en marcha un mecanismo de advertencias graduales que sólo en último recurso expondría al internauta a sanciones penales. En este sentido, una nueva infracción de “negligencia caracterizada” fue introducida en el Código de la Propiedad Intelectual con penas sustancialmente más ligeras que las del delito de *contrefaçon*. Un balance de la puesta en marcha de la “respuesta graduada” muestra cómo, a pesar de que el dispositivo estaba diseñado para ofrecer una respuesta equilibrada al fenómeno de la piratería doméstica, su aplicación ha sido muy cometida. Rara vez ha sido activada la faceta

---

<sup>1310</sup>Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2006, n° 05-15.824, *Mulholland Drive*.

represiva, y cuando tal ha sido el caso, la cuantía de las condenas ha sido simbólica. Además, el mecanismo de “respuesta graduada” concebido en contemplación de las descargas por medio de las redes *peer-to-peer* – cada vez más en desuso – no ha podido aplicarse a otras modalidades de acceso ilegal en línea como las descargas directas o el *streaming*.

**672.** Estos motivos son los que han llevado a los legisladores, y en particular al legislador español, a reforzar los mecanismos de imputación de la responsabilidad indirecta, entendiendo por tales los supuestos en que un sujeto participa o contribuye de algún modo al resultado de una conducta que vulnera los derechos de explotación, pero evitando la realización efectiva de alguno de los actos incluidos en el monopolio de explotación. Esta responsabilidad indirecta ha sido definida en términos muy amplios en el artículo 138. II TRPLI, así como en los artículos 270.1 y 2 del Código Penal español, quedando tan sólo acotada negativamente por las limitaciones de responsabilidad establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*.

**673.** Por otra parte, uno de los mecanismos más eficaces para hacer frente a las infracciones de derechos en línea ha consistido en la imposición de medidas destinadas a la cesación del ilícito a un tercero no infractor, por encontrarse éste en una situación que le permite poner fin a los efectos de la infracción o, al menos, reducir su magnitud. La acción de cesación se ha dirigido, ante todo, a los proveedores de servicios de acceso a Internet y a los motores de búsqueda (en el caso de los primeros, para bloquear el acceso a una página web, en el caso de los segundos para suprimir los caminos de acceso a los sitios web infractores, por ejemplo, desindexándolos de los resultados de búsqueda o suprimiendo las palabras clave que permiten localizar los sitios infractores). Con todo, la Ley impone que la colaboración exigida a un tercero no infractor sea proporcionada o equilibrada. Esta circunstancia no ha impedido a la jurisprudencia francesa imponer que los costes derivados de la implementación de las medidas de cesación sean asumidos por los prestadores de servicios a quienes son ordenadas. Más reticentes se han mostrado, por el momento, a la hora de establecer mecanismos de actualización automática de las medidas ante la aparición de réplicas de los sitios web infractores (“*mirror sites*”).



**674.** Por último, el dispositivo contra las infracciones de derechos se completa con una serie de acuerdos de *soft law* celebrados con determinados prestadores de servicios (principalmente, motores de búsqueda, empresas publicitarias y servicios de pagos electrónicos). Las partes interesadas tratan así de lograr un equilibrio por sí mismas, colaborando juntas para poner fin o dificultar la continuación de la infracción. El contenido de los acuerdos celebrados con los motores de búsqueda coincide en buena medida con las medidas que pueden ser ordenadas judicialmente en base a la acción de cesación. En el caso de las empresas publicitarias o de pagos electrónicos, la colaboración persigue la suspensión de la prestación de tales servicios a las páginas web infractoras, de forma que queden privadas de ingresos financieros. Si tales instrumentos carecen, en principio, de fuerza obligatoria, algunos resortes del Derecho positivo vigente podrían llegar, en determinados casos, a dotarlos de fuerza obligatoria.

# BIBLIOGRAFÍA

## I. TRATADOS, MANUALES, DICCIONARIOS Y COMENTARIOS A LAS LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTRAS LEYES

ALZAGA VILLAAMIL (O.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, Edersa, 1996

- FERNÁNDEZ MIRANDA (A.) y GARCÍA SANZ (M.), “Comentario al artículo 20 CE”

ARNAUD (A-J), *Dictionnaire de la globalisation*, LGDJ, 2010.

- HENNEBEL (L.), “Transnational”, p. 489

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 15<sup>e</sup> éd., París, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.), coord., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4<sup>a</sup> ed., 2017.

- CÁMARA ÁGUILA (P.), “Comentario a los artículos 15 y 16 LPI”.
- RIVERO HERNÁNDEZ (F.), Comentario al artículo 17 LPI”.
- CARAMÉS PUENTE (J.), “Comentario al artículo 40 LPI”.
- CARRASCO PERERA (A.) y DEL ESTAL SASTRE (R.), “Comentario al artículo 138 PLI”.
- CASAS VALLÉS (R.), “Comentario a los artículos 158-158 ter LPII
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (I.), “Comentario al artículo 160 LPI”.
- C. GETE-ALONSO Y CALERA, “Comentario al artículo 43 LPI”
- LÓPEZ MAZA (S.) “Comentario al art. 32 LPI”.
- SÁNCHEZ ARISTI (R.), “Comentario al art. 20.1 y 20.2 de la Ley de Propiedad Intelectual”.

CARON (Ch.), *Droit d’auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3<sup>a</sup> ed., París, 2013.

CORNU (H.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, v<sup>o</sup> Gratuit, acepción n<sup>o</sup> 1, p. 498:

GHESTIN (J.), BARBIER (H.), et BERGÉ (J.-S.), “Introduction générale” in GHESTIN (J.), *Traité de droit civil*, Tome 1, LGDJ-Lextenso, 5<sup>e</sup> éd., 2018.

LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) y BERNAULT (C.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> ed., 2017.

LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.) y LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, París, 4<sup>a</sup> ed., 2012.

MALAUURIE (Ph.) y AYNÈS (L.), *Les biens*, LGDJ, París, 6<sup>e</sup> éd., 2015.

PALAU RAMÍREZ (F.) y PALAO MORENO (G.) (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, 1<sup>a</sup> ed., 2017.

- ARMENGOT VILLAPLANA (A.), “Comentario al art. 138 LPI”.

PÉREZ TREMPES (P.), SAIZ ARNAIZ (A.) (dir.), MONTESINOS PADILLA (C.) *Comentario a la Constitución Española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, 2018.

- F.J. BASTIDA, “Comentario al artículo 20 de la Constitución Española”.

**REAL PÉREZ (A.)** (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica : una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010.

- **RODOTÀ (S.)**, “Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*”

**RENOUARD (A.-C.)**, *Traité des droits d’auteur*, Paris, 1838.

**RODRÍGUEZ-PIÑERO YBRAVO FERRER (M.)** y **CASAS BAAMONDE (M.E.)**, *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, edición del XL aniversario, BOE- Fundación Wolters Kluwer.

- **VILLASVERDE MENÉNDEZ (I.)**, “Comentario al artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5 de la Constitución Española”.

**RENOUARD (A.-C.)**, *Traité des droits d’auteur*, Paris, 1838.

**ROGEL VIDE (C.)** y **SERRANO GÓMEZ (E.)**, *Manual de Derecho de Autor*, Reus, 2008.

**VIVANT (M.)**, **BRUGUIÈRE (J.-M.)**, *Droit d’auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 3ª éd., nº 514, p. 459.

**VOIRIN (P.)** y **GOUBEAUX (G.)**, *Droit civil, Tome I*, 33ª éd., 2011,

## **II. MONOGRAFÍAS Y TESIS DOCTORALES**

**ANGUITA VILLANUEVA (L.)**, *Constitución y Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014.

**APARICIO VAQUERO (J. P.)** (coord.), *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016.

**BENABOU (V.-L.)** y **ROCHFELD (J.)**, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l’ère numérique ?*, Éd. Odile Jacob, Coll. Corpus, París, 2015.

**FARCHY (J.)**, **MÉADEL (C.)**, **SIRE (G.)**, *La gratuité, à quel prix ?* Presses des Mines, 2015.

**BENSAMOUN (A.)**, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d’auteur*, PUAM, 2008

**BENILSI (S.)**, *Essai sur la gratuité en droit privé*, thèse Montpellier 1, 2006.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.)** (dir.), *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

**BERNAULT (C.)**, *Open Access et droit d’auteur*, Larcier, Bruselas, 2016.

**BRUGUIÈRE (J.-M.)** (dir.), *Droit d’auteur et culture*, Dalloz, París, 2007.

**CARBONNIER (J.)**, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, París, 10ª éd., 2001.

**CARRE (S.)**, *L’intérêt du public en droit d’auteur*, thèse Montpellier, 2004.

**CHOISY (S.)**, *Le domaine public en droit d’auteur*, LexisNexis, Col. IRPI, nº 22, 2002.

**COLIN (C.)**, *Droit d’utilisation des œuvres*, Larcier, Bruselas, 2012.

**COOPER DREYFUSS (R.)** y **GINSBURG (J. C.)**, *Intellectual Property at the Edge. The contested contours of IP*, Cambridge University Press, 2014.

**DE MIGUEL ASENSIO (P.A.)**, *Derecho Privado de Internet*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 4ª ed., 2011.

**DE ROMÁN PÉREZ (R.)**, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2005,

**DÉRIEUX (E.)**, **GRANCHET (A.)**, *Lutte contre le téléchargement illégal. Lois DADVSI et HADOPI*, Éditions Lamy, 2010, p. 210.

**DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (L.)**, *La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 245.

**DUSOLLIER (S.)**, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, coll. Création information communication, Bruselas, 2007.

**FARCHY (J.)**, **MÉADEL (C.)** y **SIRE (G.)**, *La gratuité, à quel prix ?* Presses des Mines, París, 2015.

**FICSOR (M.)**, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, New York, 2002.

**GALOPIN (B.)**, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, Coll. De l'IRPI, vol. 41, París, 2012.

**GARCÍA GARNICA (C.)** (dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª ed., 2015.

**GARROTE FERÁNDEZ-DÍEZ (I.)**, *El Derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2ª ed., 2003.

**GEIGER (C.)** y **RODÀ (C.)** (coord.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, LexisNexis, Coll. Du CEIPI, vol. 61, 2014.

**GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (J.-J.)**, *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Granada, 2008.

**GRIMALDI (C.)**, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Recherches sur les sources de l'obligation, Defrénois, 2007.

**GROFFE (J.)**, *La bonne foi en droit d'auteur*, Institut Varenne, Collection des thèses, París, 2015.

**LAPOUSTERLE (J.)**, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009.

**LAROUER (M.)**, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, París, 2018.

**LASSERRE (V.)** y **LECOURT (B.)** (Dirs.), *Le droit souple démasqué. Articulation des normes privées, publiques et internationales*, Éditions A. Pedone, París, 2018.

**LE CAM (S.)**, *L'auteur professionnel*, LexisNexis, Coll. IRPI, París, 2014.

**LÉGER (P.)**, *La recherche d'un statut de l'oeuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'oeuvre composite en droit d'auteur*, LGDJ, Coll. Thèses, Tome 584, 2018.

**LÓPEZ MAZA (S.)**, *Límites al derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009.

**LÉGER (P.)**, *La recherche d'un statut de l'oeuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'oeuvre composite en droit d'auteur*, LGDJ, Coll. Thèses, Tome 584, 2018.

**LUCAS (A.)**, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, París, 1998.

**MAILLARD** (Th.), *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse Université Paris-Sud, n° 433.

**MARÍN LÓPEZ** (J.J.), **CASAS VALLÈS** (R.) y **SÁNCHEZ ARISTI** (R.), (coords). *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016.

**MARTIAL-BRAZ** (N.), **RIFFARD** (J.-F.) y **BEHAR-TOUCHAIS** (M.) (dir.), *Les mutations de la norme*, Économica, 2011.

**MARTIAL-BRAZ** (N.) y **ZOLYNSKI** (C.) (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013

**MINERO ALEJANDRE** (G.), *La protección jurídica de las bases de datos en el ordenamiento europeo*, Tecnos, Madrid, 2014.

**MORENO MARTÍNEZ** (J.A.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2009.

**ORTEGO RUIZ** (M.), *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*, Reus, Madrid, 2015.

**PICHARD** (M.), *Les droits à. Étude de législation française*, Economica, 2006.

**REAL PÉREZ** (A.) (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica : una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010.

**RICBOURG ATTAL** (E.), *La responsabilité civile des acteurs de l'Internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, Larcier, 2014, 1ª ed.

**RIFKIN** (J.), *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte, París, 2005.

**ROCHFELD** (J.), *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique ?*, Éd. Odile Jacob, Coll. Corpus, París, 2015.

**RODRÍGUEZ-CANO** (R.) (dir.), *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

**STAMATOUDI** (I.), y **TORREMANS** (P.), (ed.), *EU Copyright Law. A commentary*, 2014.

**TIRADO ESTRADA** (J.J.), *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código Penal de 2015)*, Comares, Colección Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, 2016.

**VIVANT** (M.) y **BRUGUIÈRE** (J.-M.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 3ª éd., n° 514.

**VIGIL DE QUIÑONES OTERO** (D.), *Los códigos de conducta y el derecho registral e inmobiliario*, Tesis Doctoral, UCM, Madrid, 2017.

**ZOLLINGER** (A.), *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, París, 2008.

### **III. ARTÍCULOS DOCTRINALES**

**ALLEAUME** (Ch.)

- “Du prêt numérique”, *D.* 2017, p. 747.
- “Le droit de prêt public (en France et au-delà)”, *Propri. Intell.* n° 12, juillet 2004, p. 718-737.

**ANGELOPOULOS (C.)**

- *EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence*, 6 October 2016;
- *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, January 2017; Max-Planck Institute for Innovation and Competition, *Position Statement on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules*, Part A, General Remarks, 27 January 2017, Part G, *Use of Protected Content on Online Platforms*, 1 March 2017; European Copyright Society, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 January 2017, p. 7.

**ANGUITA VILLANUEVA (L.)**, "Libertad de expresión e información y derecho de autor" in ANGUITA VILLANUEVA (L.), *Constitución y Propiedad Intelectual*, op. cit., pp. 7-24, en p. 11-12.

**ARMENGOT VILAPLANA (A.)**, «El cierre de páginas web y la retirada de contenidos ilícitos por la Comisión de Propiedad Intelectual (A propósito de las SSTS , Sala 3a, de 31 de mayo de 2013)», *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, n° 46 (enero/abril 2014), pp. 13-42, a propósito de las SSTS, Sala 3ª, de 31 de mayo de 2013

**AVILÉS GARCÍA (J.)**

- "La socialización de la compensación equitativa por copia privada : ¿un desatino inconstitucional?", *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 51 (septiembre-diciembre 2015).

**AZZI (T.)**

- "Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle", *Dalloz IP/IT* 2019, p. 97.
- "La responsabilité des nouvelles plates-formes: éditeurs, hébergeurs ou une autre voie?", in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, Litec, Paris, 2009, p. 71.
- "La gratuité en droit d'auteur" in MARTIAL-BRATZ (N.) y ZOLYNSKI (C.) (dirs.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du Droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 239-254.
- "La cession à titre gratuit du droit d'auteur", RIDA n° 237, juillet 2013, p. 91-135.
- "L'extension aux « webradios » de la licence légale relative aux phonogrammes du commerce est conforme à la Constitution. Observations sous Conseil constitutionnel, 4 août 2017, n° 2017-649 QPC", *Dalloz IP/IT*, 2017 p. 591.

**BARRAUD (B.)**, "La crise de la sanction. Réflexions autour de la difficile répression des activités illicites en ligne », *RLDI* n° 128, juillet 2016, p. 45-54.

**BENABOU (V.-L.)**

- "Klasen : quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres", *Dalloz IP/IT* 2018, p. 300.
- "La riposte graduée contre la contrefaçon de masse : de l'alibi pédagogique à la tentation sécuritaire", *A & M* 2010/5-6, p. 438-449, p. 440
- "Le libre" in LE DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 57-73.
- "Quelles solutions pour les UGC en France ?", *Juris art etc.* 2015, n° 25, p. 20.
- "La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle", *Dalloz IP/IT* 2016, p. 531
- "Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique", *Dalloz IP/IT* 2017 p.7.
- "La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire", CCE n° 10, octobre 2001, chron. 23
- "La directive droit d'auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier", *JCP G* 2019, p. 1236-1239.

**BÉNAZÉRAF (J.-A.)**, "Qualification et responsabilité des sites contributifs", *Dalloz IP/IT* 2016, p. 173

**BENILSI (S.)**

- “Existe-t-il un droit à la gratuité ?”, *RLDC* n° 110, 2013, p. 68.
- *Essai sur la gratuité en droit privé*, thèse Montpellier 1, 2006, n° 17.

**BENGHOZI (P.-J.)**, “Culture et gratuité” ou “économie des gratuités” ?” in *Le prix de la culture*, p. 192.

**BENSAMOUN (A.)**

- “L’article 17 de la directive “Digital Single Market” ou comment la légitimité d’un droit se pare des atours de la valse...” (pendiente de publicación).
- “Les mutations de la norme en droit d’auteur (réflexion sur les sources)”, in MARTIAL-BRAZ (N.), RIFFARD (J.-F.) y BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *Les mutations de la norme*, Économica, 2011, p. 279.
- “Les stratégies de lutte contre la piraterie des contenus culturels et sportifs”, *D.* 2019, p. 1237 :
- “Value gap: une adaptation du droit d’auteur au marché unique numérique”, *Dalloz IP/IT* 2018, p. 122 y s.
- “Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 182.
- “Portrait d’un droit d’auteur en crise”, *RIDAn*° abril 2010, p. 2-159.

**BENSAMOUN (A.) y GROFFE (J.)**

- “Création numérique”, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2014, n° 172-211.

**BENSAMOUN (A.), LOISEAU (G.)**, “La gestion des risques de l’intelligence artificielle. De l’éthique à la responsabilité”, *JCP G* n° 46, 13 novembre 2017, p. 2063-2072, en p. 2066.

**BERCOVITZ ÁLVAREZ (G.)**

- “Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos”, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.) (Coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Tirant Lo Blanch, 6ª ed., 2015, p. 101.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.)**

- “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Núm . 172/2012, de 3 abril de 2012”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n° 90/2012, parte Sentencias, BIB 2012/2982.
- “La copia privada” in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.), *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch reformas, 2015, pp. 61-87, en pp. 73 y s.
- “La guerra del P2P”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n° 20/2007 parte Tribuna
- “La nueva Ley de Propiedad Intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.8/2014, parte Comentario (BIB 2014/3954).
- “La nueva Ley de Propiedad Intelectual”, *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 2, n° 8 (diciembre), 2014, pp. 27-31.
- “La parodia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.7/2014 parte Tribuna.
- “Tasa Google o Canon AEDE. Una reforma desacertada”, *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, n° 11, 2015, pp. 53-94.
- “ “Tasa Google.”, *op. cit.*; LÓPEZ MAZA (S.), “Comentario al artículo 32 LPI”, *op. cit.*, p. 655.
- “Los desnudos de la señora Dekker, Playboy, Internet y la propiedad intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 11/2015.
- “La Ley Sinde”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.1/2011, p. 4, parte Tribuna (BIB 2011/386).
- “La nueva Ley de Propiedad Intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.8/2014, parte Comentario (BIB 2014/3954)

**BERNAULT (C.)**, La tentation d’une régulation technique du droit d’auteur”, *RLDI* n° 15, avril 2006, p. 56-62.

**BERNAULT (C.), LEBOIS (A.),** *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique*. [Research Report] Université de Nantes. 2005, n° 19, p. 12.

**BILLAU (M.),** “Contrefaçon, propriété et responsabilité”, *CCE* 2005, étude 49.

**BING (J.),** “Le “droit d’accès”: renouveau ou évolution”, in *Adjuncts and Alternatives to Copyright – Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d’auteur*, Congreso de la ALAI de 2001 (Nueva York), p. 316-345,

**BRONZO (N.)**

- “Les chartes de propriété intellectuelle, ¿un instrument d’avenir?”, *Propriétés intellectuelles* n° 67, abril 2018, pp. 20-24, en p. 20.

**CABEDO SERNA (Ll.),** “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”, in MORENO MARTÍNEZ (J. A.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 66-118, p. 69.

**CÁMARA ÁGUILA (P.)**

- “La obra colectiva: ¿solución o problema?”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 35 (mayo-agosto 2010), pp. 13-52.
- “Open Access” y derechos de autor: titularidad y ejercicio de los derechos de autor de obras científicas”, *Revista de derecho privado*, n° 102, nov.-dic. 2018, pp. 61-86, en p. 71.
- “Comentario a los artículos 15 y 16 LPI” in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.) (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 256-275, en p. 258.
- “Conflits entre droit d’auteur et droit de la consommation” in *Regards sur les sources du droit d’auteur*, Congreso de la ALAI, Paris, 2005, pp. 529-535.
- “El concepto de parodia en Derecho comunitario: la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 3 de septiembre de 2014” in J. MARÍN, CASAS VALLÉS (R.) y SÁNCHEZ ARISTI (R.) (coords.), *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 109-120.
- “L’application du test des trois étapes par le Tribunal Supremo espagnol : l’affaire Google”, in *Mélanges en l’honneur d’André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 104.
- “La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq”, *Aranzadi civil-mercantil* 2012, Vol.2, núm. 8 (diciembre), pp. 111-129.
- P. CÁMARA ÁGUILA, “El concepto autónomo de parodia”, in P. CÁMARA ÁGUILA e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (coord.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 517-539.

**CÁMARA ÁGUILA (P.), LUCAS (A.),** “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o por qué hay que evitar la imprecisión: un estudio sobre la «declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en derecho de autor”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 33 (septiembre-diciembre 2009), pp. 13-37.

**CARBAJO GASCÓN (F.),** “Reproducción y copia privada en el entorno digital”, *RdNT*, no 2, 2003, p. 56



**CARON (Ch.)**

- “Et si le droit d'auteur n'existait pas sur internet et ailleurs ? (à propos de TGI Pontoise 2 février 2005)”, *D.* 2005, p. 513.
- *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2015, 4<sup>e</sup> éd., n° 295, p. 258-259.
- “La lutte contre la contrefaçon sur Internet dans les lois HADOPI I et II”, *CCE* n° 1, Janvier 2010, comm. 1.
- “Au nom de l'éthique des affaires : point de copies tu ne feras !”, *CCE* n° 4, avril 2007, Comm. 54;
- “Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la Propriété Intellectuelle”, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, pp. 107-118, en la p. 113 (n° 6).
- “Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur” in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 107-118.
- “Le consommateur en droit d'auteur” in *RLDA*, suppl. n° 77, dec. 2004, p. 37-44, en p. 39
- “Le consommateur en droit d'auteur”, *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.245-260, pp. 249-250.
- “Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français”, *D.* 2003, p. 1556.
- *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd.
- “Quelques considérations sur le phénomène du peer-to-peer” in *La propriété intellectuelle en question(s)*, Litec, Coll. IRPI, 2006, p. 105.

**CARON (Ch.), GAUBIAC (Y.)**, “L'échange d'œuvres sur l'Internet ou le P2P”, in *Mélanges Victor Nabhan : Les Cah. propr. intell.*, Hors série, Montréal, éd. Yvon Blais, 2005, p. 32.

**CARRE (S.), VERCKEN (G.)**, “Google et la fortune du droit d'auteur”, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014,

**CARBAJO GASCÓN (F.)**, “Sobre la responsabilidad indirecta de los agregadores de información por contribución a la infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual en Internet”, *ADI* n° 32 (2011-2012), pp. 51-78.

**CASTÁN (A.)**, “El nuevo régimen de diligencias preliminares en Propiedad Intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital”, in J.-P. APARICIO VAQUERO (coord.), *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016, pp. 121-153, en p. 129.

**CASTELLÓ PASTOR (J.-J.)**

- “La responsabilidad indirecta de los prestadores de servicios de la sociedad de la información e intermediarios a la luz del artículo 138.II de la Ley de propiedad intelectual”, *Revista de Derecho Patrimonial* n° 41, Septiembre-Diciembre 2016, pp. 175-199.
- “Los snippets (o fragmentos de texto) en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual : ¿por qué tu sí y yo (Thumbnails) no?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Vol. 2, n° 6, 2015, pp. 57-72.

**CASTETS-RENARD (C.)**

- “La coopération des fournisseurs d'accès à l'internet dans la lutte contre la contrefaçon : quelques précisions d'envergure”, *D.* 2014, p. 1246
- “Droit de l'Union européenne...”, *op. cit.*, n° 6.
- “La coopération des fournisseurs d'accès à l'internet dans la lutte contre la contrefaçon : quelques précisions d'envergure”, *D.* 2014, p. 1246 ;
- “Réseaux *peer-to-peer* : la clémence du juge pénal”, *D.* 2006, p. 933, con respecto a la Sentencia del T. Correctionnel de Paris, 8 décembre 2005.

**CHÉNEDÉ** (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.

**CLÉMENT-FONTAINE** (M.)

- “La genèse de l'économie collaborative : le concept de communauté”, *Dalloz IP/IT* 2017, p. 140.
- “La création en ligne” in BEHAR-TOUCHAIS (M.), dir., *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, Actes des journées du 20, 21 et 22 octobre 2015, Vol. 2, IRJS Éditions, Tome 74, 2016, pp. 95-102.
- “Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création”, *RIDA*, n° 235, p. 112-193.

**CLARCK** (C.), “The answer to the machine is in the machine”, in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer, 1996, p. 139.

**COHEN** (D.)

- “Les droits à...”, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, pp. 393-400.
- “La liberté de créer” in CABRILLAC (R.) dir., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz 2015, 21<sup>e</sup> éd., p. 561 et s.

**COLIN** (C.), “La contractualisation des exceptions en droit d'auteur: oxymore ou pléonasme?”, *CCE* n° 2, Février 2010, étude 3, n° 39

**CORIAT** (B.), (Dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, LLL, Paris, 2015, p. 11.

**CORNU** (G.), « Le droit d'auteur à l'épreuve du droit à la culture » in J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007, n° 3 et s., p. 130-131.

**COULAUD** (M.), “Les effets pratiques sur l'édition logicielle de la décision UsedSoft GmbH du 3 juillet 2012”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 298

**DALEAU** (J.), “HADOPI : allègement de la répression”, *Dalloz Actualité*, 10 juin 2013.

**DANGNGUYEN** (G.), **DEJEAN** (S.) y **PENARD** (Th.), “Gratuité sur Internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires”, in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, p. 91.

**DEBET** (A.)

- “Affaire *Dailymotion*: les sites de partage de vidéos sont des hébergeurs”, *JCP G* 2011, p. 863 y s., en p. 856.
- “Les chartes et autres usages du droit de l'internet”, *Cahiers droit de l'entreprise* n° 4, juillet 2008.

**DEUMIER** (P.)

- “Chartes et codes de conduite des entreprises: les degrés de normativité des engagements éthiques”, *RTD Civ.* 2009, p. 77.
- « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Journées nationales, Tome XII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, 2009, pp. 113-139, en p. 122.
- “Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques”, in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 337-358, en p. 339.
- *Introduction générale au droit*, LGDJ, Paris, 4<sup>e</sup> éd., n° 30, p. \_\_\_\_ : afirma que el *soft law* es, por definición, no coercitivo.

**DORMONT (S.),**

- “L’arrêt GS Media de la Cour de Justice de l’Union européenne: de précisions en distinctions, l’hyperlien lui fait perdre son latin...”, *CCE* février 2017, pp. 1-5, en p. 1.
- “Le prêt public par les bibliothèques étendu aux livres numériques”, *Dalloz IP/IT* 2017, p. 42.

**DOUVILLE (T.),** “Qui doit supporter le coût des mesures de blocage et de déréférencement des sites proposant des contenus contrefaisants?”, *Legipresse* n° 353, Octobre 2017, p. 493.

**DREYER (E.),** “La fonction des droits fondamentaux dans l’ordre juridique”, *D.* 2006, p. 748.

**DUPICHOT (J.),** “La gratuité et le droit. Synthèse de la journée Henri Souleau”, *Gaz. Pal.* 1999, p. 930;

**DUSOLLIER (S.),**

- *Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, coll. Création information communication, Bruxelles, 2005.
- “Du gratuit au non exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle ?” in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, LexisNexis, 2013, pp. 29-48.
- “Incidences et réalités d’un droit de contrôler l’accès aux œuvres en droit européen”, in DUSOLLIER (S.) (coord.), *Le droit d’auteur : un contrôle de l’accès aux œuvres?*, Cahiers du CRID, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 25-52, p. 28.
- “Intermédiaires et plateformes de l’Internet, cet éléphant dans le salon du droit d’auteur”, in BENSAMOUN (A.) (dir.), *La réforme du droit d’auteur dans la société de l’information*, mare & martin, Coll. des Presses universitaires de Sceaux, p. 165-201, en p. 165.
- “L’utilisation légitime de l’œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d’auteur?”, *CCE* n° 11, novembre 2005, étude 38.
- “L’exploitation des œuvres: une notion centrale en droit d’auteur”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 263-276. p. 265.
- “La contractualisation de l’utilisation des œuvres et l’expérience belge des exceptions impératives”, *Prop. intell.* n° 25, octobre 2007, p. 443-452,
- “Le jeu du copyleft entre contrat et propriété”, *Cahiers de droit de l’entreprise* n° 6, Novembre 2015, dossier 52.
- “Les licences Creative Commons : les outils du maître à l’assaut de la maison du maître”, *Prop. intell.*, n° 18, janvier 2006, p. 10-21
- “The protection of technological measures: Much ado about nothing or silent remodeling of copyright?”, in R. COOPER DREYFUSS y GINSBURG (J. C.), *Intellectual Property at the Edge. The contested contours of IP*, Cambridge University Press, 2014, p. 253 y s., en p. 267.
- « Le domaine public, garant de l’intérêt public en propriété intellectuelle » in *L’intérêt général et l’accès à l’information en propriété intellectuelle*, Bruylant, 2008, p. 117-147, en la p. 139
- *Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Bruxelles, 2<sup>a</sup> ed., 2007, n° 466, p. 369.
- “La contractualisation de l’utilisation des œuvres et l’expérience belge des exceptions impératives”, *Prop. intell.* n° 25, octobre 2007, p. 443-452

**DUSOLLIER (S.), BUYDENS(M.),** “Les exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique: évolutions dangereuses”, *CCE* n° 9, septembre 2001, chron. 22.

**DZOMO SILINO (V.),** “Les législations de lutte contre le téléchargement illégal : entre riposte graduée et filtrage de l’Internet”, *Cah. Propriété intellectuelle*, vol. 26, n° 1 [2014], p. 52.

**ÉGÉA (V.) yPUTMAN (E.) (dir),** *La gratuité*, Actes du colloque organisé par le laboratoire de droit privé et sciences criminelles d’Aix-Marseille Université, *RLCD* n° 110, décembre 2013, p. 67-106.

**ESPÍN (I.)**, “Ópera y derechos de autor: a propósito de las ediciones críticas”, p. 98,

**FARCHY (J.)**, “La gratuité n’est plus ce qu’elle était”, *JurisArt etc.*, n° 35, mai 2016, p. 23-27 :

**FERRERO (C.)**, « Lorsque l’homo œconomicus décide de télécharger de la musique sur internet : aller devant le juge coûte-t-il moins cher que d’aller sur iTunes ? », *RLDI* n° 19, sept. 2006, p. 52-58.

**FERRY-FALL (M.-A.)**,

- “Respect des droits: le combat de l’ADAGP”, *Juris art etc.* 2013, n° 4
- “Effervescence dans les arts visuels”, *CCE* n° 11, nov. 2017.

**FICSOR (M.)**, “The WIPO “Internet Treaties” and Copyright in the “Cloud”, in *Copyright and Related Rights in the “Cloud” Environment*, ALAI Congress, Kyoto, 16-18, October 2012,

**FRANÇON (A.)**, « Questions de droit d’auteur relatives aux parodies et productions similaires », *Dr. auteur* 1988, p. 302 s.

**FRANCILLON (J.)**, “Piratage numérique. Licéité ou illicéité des pratiques de « pair à pair » (« peer-to-peer » ou P2P). Responsabilité pénale des utilisateurs et des éditeurs ou distributeurs de logiciels d’échanges”, *RSC* 2006 p.93.

**FOSSOUL (V.)**, “La protection de la vie privée, obstacle à la lutte contre le téléchargement illégal ?” in C. DOUTRELEPONT, F. DUBUISSON et A. STROWEL (sous la dir. de), *Le téléchargement d’œuvres sur Internet. Perspectives en droits belge, français, européen et international*.

**GALIANA SAURA (A.)**, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° XXXII, p. 297-322

**GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (I.)**

- *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de propiedad intelectual. Un estudio de Derecho Comparado*, Tecnos, 1ª ed., 2015
- “Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información”, *Pe.i, Revista de propiedad intelectual* n° 11, 2002, p. 60;
- “Comentarios al artículo 160 del LPI” in *BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.)* (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2017, p. 2202.
- “El concepto autónomo de “comunicación al público” en la jurisprudencia del TJUE” , *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, n° 61 (enero-abril 2019), p. 13-67
- *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2015, 1ª ed.;
- “¿Puede crearse un nuevo límite en la ley de propiedad intelectual española para dar cobertura a los contenidos generados por los usuarios?” in J.J. MARÍN, CASAS VALLÉS (R.) y SÁNCHEZ ARISTI (R.) (coords.), *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016pp. 257-295, p. 258.
- “El concepto autónomo de “comunicación al público” en la jurisprudencia del TJUE”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 61 (enero-abril 2019), pp. 13-67, en p. 54;
- “Régimen jurídico del “canon digital” en España : cuestiones litigiosas tras la declaración de nulidad de la orden PRE /1743/2008 e impacto del concepto autónomo de compensación equitativa desarrollado por la jurisprudencia del TJUE”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 54 (septiembre-diciembre 2016), pp. 13-65.
- *El Derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2ª ed., 2003, p. 173.

**GAUDRAT (Ph.),SARDAIN (F.)**,

- “Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres”, *CCE* 2004, n° 5, étude n° 12;

- “De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur”, *CCE* 2005, étude 37.

**GAUTIER (P.-Y.),**

- “Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux”, *D.* 2015, p. 2189.
- “Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle”, *Propri. intell.* n° 54, janvier 2015, p. 10-15

**GEIGER (Ch.),**

- “Autre regard...”, *chron. PI, Propri. intell.*, n° 58, janvier 2016, p. 91 (pp. 89-98).
- “Legalize it ? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d’auteur dans le contexte de l’utilisation non autorisée des œuvres sur Internet” in C. GEIGER et RODÀ (C.) (coord.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l’honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, LexisNexis, Coll. Du CEIPI, vol. 61, 2014, p. 167-185. p. 173-174.
- *Droit d’auteur et droit du public à l’information. Approche de droit compare*, Litec, Coll. IRPI, 2004.
- “Droit d’auteur et droit du public à l’information”, *D.* 2005, p. 2683
- GEIGER (Ch.), ““Hadopi”, ou quand la répression devient pédagogique”, *D.* 2011, p. 773.

**GINSBURG (J.),**

- “Chronique des États-Unis”, *RIDA* n° 179, janvier 2019, p. 143-299, en p. 169.
- “L’avenir du droit d’auteur : un droit sans auteur ?”, *CCE* n° 5, Mai 2009, étude 10.
- “Peer-to-peer : les conséquences de l’affaire Grokster”, *Propri. Intell.* 2007 n° 25, pp. 408-412.

**GOMIS (G.),** “L’influence des mesures techniques sur les pratiques contractuelles”, *RLDI* supplément n° 49, mai 2009, p. 73-77.

**GREFFE (X.),** “A qui profite la mobilité numérique”, *Juris Art. etc.* 2015, n° 21, p. 32.

**GROFFE (J.),** “La mort numérique”, *D.* 2015, p. 1609

**GUÉVEL (D.),** “La gratuité intéressée : oxymore d’avenir”, *op.cit.*, p. 243.

**GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (J.-J.),**

- «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información», in A. ORTÍ VALLEJO y M.-GARCÍA GARNICA (C.) (dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Thomson Reuters -Aranzadi, 2ª edición, 2015, p. 1155.

**GÓMEZ CASTALLO (J.D.),** “Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado”, in REAL PÉREZ (A.) (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica...*, *op. cit.*, pp. 115-138.

**GRYNBAUM (L.),** “Dailymotion: une immunité imméritée”, *D.* 2011, p. 1113

**HENRARD (O.),** “Les intermédiaires techniques doivent, en principe, supporter le coût des mesures de blocage et déréférencement des sites « pirates »”, *Observations sous Cour de cassation (1re civ.)*, 6 juillet 2017, n° 16-17.217, *Dalloz IP/IT* 2018, p. 136.

**HERPE (F.),** “Value gap: vers un rééquilibrage au bénéfice des ayants droit”, *Juris art etc.*, 2017, n° 47, p. 34

**HILTY (R.)**, “IP and private ordering”, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-15*, 2016.

**HUET (J.)**, “La mise à disposition gratuite sur les réseaux numériques (ou l’inconsistance d’un certain article L. 122-7-1 du Code de la Propriété intellectuelle)”, in *Droit et techniques – Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, LexisNexis, 2007, p. 239.

**IGLESIAS POSSE (R.)**, “Ausencia de responsabilidad de creadores y distribuidores de programas P2P por las infracciones de Derechos de Propiedad Intelectual que cometen sus usuarios”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n° 36/2014 parte Jurisprudencia, pp. \_\_\_\_.

**JACQUET (J.-M.)**, “L’émergence du droit souple (ou le droit “reel” dépassé par son double” in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, Paris, 2009, pp. 331-348

**LASSERRE (V.) et LECOURT (B.) (Dirs.)**, *Le droit souple démasqué. Articulation des normes privées, publiques et internationales*, Éditions A. Pedone, 2018.

**LATREILLE (A.)**,

- “Droit de la consommation et protections techniques: pas de deux à trois temps”, *RLDI* 2005/1, n° 45 ;
- *fasc. JCL PLA*: “La desmaterialización completa acentúa el carácter de ubicuidad de los contenidos haciendo que resulte mucho más difícil el control de su utilización”.
- “Conditions de régulation et périmètre des exceptions”, in *L’effectivité des exceptions au droit d’auteur et droits voisins : les usages, la loi, la régulation*, Actes du Colloque publiées dans *RLDI* supplément au n° 94, juin 2013, pp. 6-12.

**LATREILLE (A.) y MAILLARD (Th.)**,

- “Le cadre légal des mesures techniques de protection et d’information”, *D.* 2006, p. 2171.
- *Mesures techniques de protection et d’information*, *Jcl. PLA* fasc. n° 1660.

**LATIL (A.)**,

- “Contrôle de proportionnalité en droit d’auteur”, *Juris art etc.*, 2016, n°39, p.18.
- “Le domaine public payant”, *RIDA* oct. 2014, n° 242, p. 5.

**LE GOFFIC (C.)**, “Décision Allostreaming : la Cour de cassation valide l’imputation des coûts de blocage aux intermédiaires techniques”, *D.* 2017, p. 2016;

**LECOURT (B.)**, “La gratuité et le droit des affaires”, *RTD Com.* 2012, pp. 455-474.

**LEFRANC (D.)**,

- “La contrefaçon en droit d’auteur. Naissance – extension – scission”, *Propri. Intell.* N° 30, janvier 2009, pp. 19-30 en la p. 27
- « Le nouveau public », *D.* 2001, p. 107

**LEFRANC (J.)**, Le piratage déraciné

**LEPAGE(A.)**, “Overview of Exceptions and Limitations to Copyright in the Digital Environment”, *e-Copyright Bulletin*, Unesco, January – March 2003, p. 17.

**LIBCHABER (R.)**, « Une motivation en trompe-l’oeil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP* 2016. 1088.

**LIU (J.)**, “Paracopyright – a peculiar right to control access”, in R. COOPER DREYFUSS y GINSBURG (J. C.), *Intellectual Property at the Edge. The contested contours of IP*, Cambridge University Press, 2014, p. 227 y s.

**LLOPIS NADAL (P.)**, “El ejercicio de la acción de cese contra el intermediario no infractor (Las dudas suscitadas en torno a la aplicación del artículo 138.IV frente a los ilícitos cometidos en Internet)”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual* nº 59 (mayo-agosto 2018), pp. 51-99, en pp. 60-61.

**LOISEAU (G.)**, “Assimilation du prêt électronique au prêt d’ouvrage papier”, *CCE* nº 1, janvier 2017, comm. 3

**LÓPEZ MAZA (S.)**,

- “Comentario al art. 32 LPI” in **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.)**, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, pp. 620-672,
- “El límite sobre agregadores y buscadores” in **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.)** (Dir.), *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 96.
- “Idas y venidas de la “Ley Sinde”. Comentario a la disposición final 43ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”, *RJUAM* nº 23, 2011, pp. 215-242, p. 218.
- “Réquiem por la compensación equitativa por copia privada : comentario al RD 1657/2012, de 7 de diciembre”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual* nº 44 (mayo-agosto 2013), pp. 39-89, especialmente en la p. 51.
- *Límites al derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, p. 101.

**LÓPEZ RICHART (J.)**,

- “El ejercicio de acciones civiles frente a los usuarios de redes P2P antes y después de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre”, in **APARICIO VAQUERO (J.P.)** (coord.), *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016, p. 351-352:
- “La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital” in **MORENO MARTÍNEZ (J.A.)**, *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 179-235.

**LOUVEL (B.)**, “Réflexions à la Cour de cassation”, *D.* 2015, p. 1326.

**LUCAS (A.)**,

- “Droit d’auteur, liberté d’expression et “droit du public à l’information” (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française)”, *A&M* 2005/1, pp. 13 y ss., en nº 21
- A. LUCAS, “Le droit d’auteur, un droit fondamental comme un autre?” in A. BENSAMOUN (dir.), *La réforme du droit d’auteur dans la société de l’information*, mare & martin, Coll. des Presses universitaires de Sceaux, p. 31-45

**LUCAS-SCHLOETTER (A.)**,

- “La cessation de la contrefaçon”, *RIDA* nº 256, 2018, p. 209-225.
- *EDPI* 01/06/2015 nº 6, p. 4.
- *Dispositions sur le transfert de valeur dans la proposition de directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique (Considérants 38, 39, article 13)*, *Analyse*, mars 2017, p. 15

**LÓPEZ RICHART (J.)**, “Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el Mercado Único Digital”, *Pe.i., Revista de Propiedad Intelectual* nº 60, sept.-dic. 2018, pp. 67-126

**MACREZ (F.)**, « Soulier » et la résurgence de l’auteur”, *D.* 2017, p. 84.

**MAILLARD (Th.)**,

- “La technologie, frein ou moteur de la circulation des œuvres?”, *Juris art etc.* 2014, nº 9, p. 17 y s.
- “Le monopole malmené: l’impact des mesures techniques de protection et d’information”, *RLDI* supplément au nº 49, mai 2009, p. 69-72,
- “Le(s) statut(s) des moteurs de recherche”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 177.

- *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse Université Paris-Sud, n° 433, p. 244.
- “Le(s) statut(s) des moteurs de recherche”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 177.

**MALLET-PUJOL (N.) y CORNU (M.)**, “Le droit d'auteur à l'épreuve du droit à la culture” in J.-M. BRUGUIÈRE (Dir.), *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007, pp.129-146, en p. 131.

**MARINO (L.)**,

- “Internet. Le fabuleux destin de la responsabilité des hébergeurs (à propos des arrêts Dailymotion et autres: Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2011”, *Responsabilité civile et assurances* n° 6, Juin 2011, étude 8.
- “La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite HADOPI 2)”, *D.* 2010, p. 160 :
- “Responsabilités civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement”, *Jcl. Communication*, fasc. 670 (mise à jour du 1er décembre 2017).

**MARTIAL-BRAZ (N.)**, “Le droit voisin des éditeurs de presse dans la Directive sur le droit d’auteur dans le Marché numérique: L’opportunité d’une consécration en question”, *Entertainment & Law* 2018, n° 4, p. 295:

**MARTÍN GARCÍA (M.L.)**, “Códigos de conducta y publicidad”, in REAL PÉREZ (A.) (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010, pp. 85-104;

**MASSAGUER (J.)**, “Aproximación a la autorregulación publicitaria”, in REAL PÉREZ (A.) (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica...*, *op. cit.*, pp. 105-114

**MAZEAUD (D.)**,

- “D’une source, l’autre...”, *D.* 2002, p. 2963.
- “Proportionnalité à la une !”, *JCP G* n° 40, 3 oct. 2016.

**MAZZONE (J.)**,

- “Copyfraud”, *New York University Law Review*, Vol. 81, p. 1026, 2006.

**MINERO ALEJANDRE (G.)**,

- “Las nuevas reglas en el consumo de contenidos digitales protegidos por la propiedad intelectual, con especial referencia a los programas de ordenador. Calificación de los actos de explotación y aplicación de la regla del agotamiento a la luz de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea”, in MARÍN LÓPEZ (J.J.), CASAS VALLÈS (R.) y SÁNCHEZ ARISTI (R.), (coords). *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016, p. 493-524, en p. 502.
- “Medios de tutela de la propiedad intelectual” in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.), *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch reformas, 2015, p. 365-386.
- *La protección jurídica de las bases de datos en el ordenamiento europeo*, Tecnos, Madrid, 2014.

**MONTESINOS GARCÍA (A.)**,

- “Las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 50 (mayo-agosto 2015), pp. 35-70.
- *Comentario a la Constitución Española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, pp. 465 y ss., en p. 469.

**MOYSE (P.-E.)**, “Le droit des utilisateurs au Canada”, *Juris art etc.* 2015, n° 25, p. 30.

**MUÑOZ VICO (A.)**, **GONZÁLEZ ROYO (I.)**,



- “SABAM vs SCARLET: nuevas directrices del Tribunal de Justicia en la regulación de la responsabilidad de los ISP en Internet”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n° 34, 2012, pp. 473-477.

**NABHAN (V.)**, “L’exception de contenu non commercial généré par l’utilisateur en droit canadien”, *Cah. Propr. Intell.* Vol. 27, n° 3, pp. 1315-1329, p. 1319.

**NOUAL (P.)**, “Le domaine public à l’épreuve des revendications abusives”, *Juris art etc.* 2014, n°18, p.38.

**OLSWANG (V.S.)**, “Accessright: An Evolutionary Path for Copyright into the Digital Era?”, *EIPR* 1995, n° 5, p. 215-218.

**OPPETIT (B.)**, “L’engagement d’honneur”, *D.* 1979, Chron. p. 107, n° 5, p. 108

**OSMAN (F.)**, “Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit”, *RTD Civ.* 1995, p. 509.

**PASSA (J.)**, “Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d’auteur ?”, in *L’effectivité des exceptions au droit d’auteur et droits voisins : les usages, la loi, la régulation*, Actes du Colloque publiées dans *RLDI* supplément au n° 94, juin 2013, pp. 13-17, en p. 16.

**PEGUERA POCH (M.)**

- “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *Revista de propiedad intelectual Pe.i.* n° 42, sept.-dic. 2012, pp. 31-54.
- “Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public”, *Computer Law and Security Review*, n° 34, 2018, p. 1103 y ss., en p. 1106.

**PIGNATARI (O.)**, “L’exception de parodie”, *Juris art etc.* 2015, n°25, p.37.

**POLLAUD-DULIAN (F.)**,

- “Détruire, dit-elle : le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d’auteur”, *D.* 2015 p. 639.
- “Liberté de création. Droit d’adaptation. Droit moral. CEDH”, *RTD Com.* 2015, p. 515.
- “Échanges « peer to peer ». Téléchargement illicite. Loi « informatique et liberté ». Adresse IP. Données à caractère personnel. Contrefaçon”, *RTD Com.* 2010, p. 310.
- “Exception de courte citation. Dessin. Bandes dessinées”. (Civ. 1re, 26 mai 2011, Moulinsart c/ FNAC ; CJUE, 1er décembre 2011, n° C-145/10, Eva-Maria Painer c/ Standardverlag et alii, D. 2012. 471, obs. J. Daleau, note MARTIAL-BRAZ (N.)), *RTD Com.* 2012 p.120.

**PONS (A.)**, “Une nouvelle application de l’article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle par le Tribunal de grande instance de Paris : quelles implications pour les FAI et les titulaires de droit ?”, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 503.

**RACINE (J.-B.)**, “La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l’environnement”, *Revue juridique de l’environnement*, 4/1996, p. 404-429.

**RAMOS SUÁREZ (A.)**, “La creación y comercialización de programas de intercambio de archivos P 2P es legal: “Caso Soto””, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 887/2014, parte Comentario (BIB 2014/1998).

**RIFKIN (J.)**, *L’âge de l’accès. La nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte, Paris, 2005.

**RODA (J.-Ch.)**, “Un paradoxe: la gratuité en droit des affaires?”, *RLDC* n° 110, décembre 2013, pp. 96-99.

**RODOTÀ (S.)**, “Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*” in REAL PÉREZ (A.) (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica : una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010, pp. 19-30, p. 20.

**ROJINSKI (C.)**, “Et si le droit d'auteur allait trop loin, sur internet et ailleurs ? (toujours à propos de TGI Pontoise 2 février 2005)”. *D.* 2005, p. 849.

**SÁNCHEZ ARISTI (R.)**,

- “La copia privada digital”, *Pe. i Revista de propiedad intelectual.*, n° 14 (mayo-agosto 2003), p. 9-39
- “Comentario al art. 20.1 y 20.2 de la Ley de Propiedad Intelectual” in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.), coord., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2017, p. 376-429.
- “Responsables de la infracción (art. 138 LPI)” in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.) (dir.), *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 347-364.

**SENFTLEBEN (M.)**, “Ni flexibilité ni sécurité juridique. Les exceptions au regard du triple test”, in A. LUCAS, P. SIRINELLI y A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, p. 63-71.

**SERRANO FERNÁNDEZ (M.)**, “Acceso a la cultura y propiedad intelectual. El derecho de acceso a la cultura: su significado constitucional. La función social de la propiedad intelectual: la tutela del derecho de acceso a la cultura del art. 40 TRLPI” in ANGUITA VILLANUEVA (L.), *Constitución y Propiedad Intelectual*, Reus, 2014, pp. 119-140, en la p. 127.

**SIRINELLI (P.)**,

- “Flux économiques et droit du Web 2.0”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 167.
- “La loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information: premières vues sur le texte promulgué à l'issue de la censure du Conseil constitutionnel”, *Prop. intell.* n° 20, juillet 2006, p. 297 y s., en p. 300.
- “Le « *peer-to-peer* » devant la Cour suprême”, *D.* 2005, p. 1796.
- “Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne”, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 288.
- “Le régime juridique d'un hyperlien conduisant à un contenu illicite selon la CJUE”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 543.
- “Premières vues sur la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique”, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 279.
- “Premières vues sur la loi Création”, *Dalloz IP/IT* 2017, p. 193.
- “Un marché dans les nuages: le “cloud computing”, in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Actes du Colloque organisé par l'IRPI (Paris, 28 novembre 2012), LexisNexis, Coll. de l'IRPI, vol. 43, p.69-86, p. 69.
- Comentario sobre T. correct. Rodez, 13 octobre 2004, *Ministère Public, FNDF, SEV, Twentieth Century Fox et a. c/ D. Aurélien*, *Prop. intell.* n° 14, 2005, p. 56-59
- Présentation de la charte française du 16 décembre 2009 en matière de lutte contre la cyber-contrefaçon, OMPI, Comité consultatif sur l'application des droits, Septième Session, Genève, 30 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 2011.
- “Mise à disposition illicite d'œuvres par l'intermédiaire des réseaux numériques”, *RIDA* 2/2011, p. 373.

**SIRINELLI (P.)**, **BENSAMOUN (A.)**

- “Chronique de jurisprudence”, *RIDA* n° 260, avril 2019, p. 18-42.
- “Droit d’auteur vs liberté d’expression : suite et pas fin...”, *D.* 2015, p. 1672.

**SIRINELLI (P.), BÉNAZÉRAF (J.-A-) y BENSAMOUN (A.),**

- “Pour une évolution des textes applicables à certains prestataires de services ?”, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 186.

**STROWEL (A.)**, “Considérations sur le droit d’auteur à la lumière des intérêts sous-jacents”, in P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (Dirs.), *Droit et intérêt*, vol. 3, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 233-288

**THIBIERGE (C.),**

- “Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit”, *RTD Civ.* 2003, p. 599.
- *La force normative*, p. 816 y ss., en p. 817-818.

**TIRADO ESTRADA (J.-J.)**, “Los delitos contra la propiedad intelectual tras la reforma del Código penal de 2015” in A. FAYOS GARDÓ y B. ANDRÉS SEGOVIA (Coords.), *La propiedad intelectual en la era digital*, Dykinson, 2016, p. 369.

**TOMÁS-VALIENTE LANUZA (C.)**, “Los nuevos contornos de la protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del código penal de 2015” in MARÍN LÓPEZ (J.J.), CASAS VALLÈS (R.) y SÁNCHEZ ARISTI (R.), (coords). *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, 2016, p. 806.

**TREPPOZ (E.)**

- “Le droit d’auteur: frein ou instrument d’un marché unique du numérique”, *Juris art. etc.* 2015, n° 21, p. 29
- “Premiers regards sur la directive droit d’auteur dans le marché numérique”, *JCP E* 2019, n° 27, 4 juillet 2019, p. 28-34.
- E. TREPPOZ, “La difficile poursuite de l’harmonisation législative du droit d’auteur en Europe”, *RTD Com.* 2019, p. 919.

**VALDÉS DÍAZ (C.)**, “El título de la obra y su protección por el derecho de autor”, *Anuario de Propiedad Intelectual* 2016, Reus, Madrid, 2017.

**VARET (V.)**, “De distorsions le droit (de reproduction) s’est épuisé. À propos de l’arrêt de la CJUE en date du 3 juillet 2012, *UsedSoft c/ Oracle* », *Prop. intell.*, n° 45, octobre 2012, pp. 384-387.

**VERBIEST (Th.)**, “Webradios: vers un régime de rémunération équitable ?”, *RLDI* n° 1, 1<sup>er</sup> janvier 2005, pp. 26-27.

**VERCKEN (G.)**, “La consécration des mesures techniques de protection, un combat d’arrière-garde ?”, *Prop. Intell.* n° 25, octobre 2007, pp. 413-418.

**VILLASVERDE MENÉNDEZ (I.)**

- “Comentario al artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5 de la Constitución Española” in M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y M. E. CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, edición del XL aniversario, BOE- Fundación Wolters Kluwer, , pp. 581-616, en p. 597.

**VINEY (G.)**

- “Introduction à la responsabilité”, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 94 y 95.

#### **VIVANT (M.)**

- “Responsabilité des intermédiaires techniques de l’Internet: l’obscurité d’un droit sans boussole apparente”, in *Mélanges Pouillet, Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Larcier, 2018, p. 319.
- “La pratique de la gratuité en droit d’auteur”, *RLDI* mai 2010, n° 1993, p. 59, n° 1 ;
- “Une responsabilité *ad hoc* pour les sites de partage (Commentaire de l’article 17 de la directive)”, *CCE* oct. 2019, dossier 8, p. 1-6, en p. 1.
- “Internet, piratage et contrefaçon”, *D.* 2009, p. 1808.

#### **XALABARDER (R.)**

- “La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 20, junio 2015, págs. 121-139. UOC,
- “The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law”, *IN3 Working Paper Series*, 30 de Septiembre de 2014, en p. 18.

#### **ZOLINSKY (C.)**

- *L’épuisement en ligne*, Actes du Colloque en l’honneur du Professeur André Lucas (Nantes, 23 septembre 2014), *Propr. Intell.*, n° 55, avril 2015, p. 133-138.
- “La gratuité en questions” in MARTIAL-BRAZ (N.) y ZOLYNSKI (C.) (Dirs.), *La gratuité, un concept aux frontières de l’économie et du droit*, LGDJ, 2013 p. XI.
- “Publicité en ligne et pratiques commerciales déloyales” in *L’effectivité du droit face à la puissance des géants de l’Internet*, vol. 1, IRJS Éditions, 2015, p. 147-161, en la p. 149.
- “Réseaux sociaux et droit de la propriété intellectuelle : quelle efficacité face aux géants de l’Internet ?” in BEHAR-TOUCHAIS (M.), dir., *L’effectivité du droit face à la puissance des géants de l’Internet*, Actes des journées du 20, 21 et 22 octobre 2015, Vol. 2, IRJS Éditions, Tome 74, 2016, p. 103-119.

### **IV. INFORMES**

**ASSOULINE (D.)**, Rapport fait au nom de la commission de la culture , de l’éducation et de la communication sur la proposition de loi tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, Sénat, Session ordinaire de 2018-2019, n° 243, 16 janvier 2019.

**CSPLA**, Rapport de la commission spécialisée “Informatique dans les nuages”, A.-E, Crédeville, J.-P. Dardayrol, J. Martin y F. Aubert, Octubre de 2012.

**CSPLA**, *Le référencement des œuvres sur Internet*, Julio de 2013

**CSPLA**, *Rapport de la commission consacrée à la seconde vie des biens culturels numériques*, Mai 2015.

**CSPLA**, *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d’un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique*, 30 octobre 2015, Presidente de la Misión : Jean Martin.

**CSPLA**, Rapport de la mission *Articulation des Directives 2000/31 et 2001/29*, P. Sirinelli, J.-A. Bénazéraf y A. Bensamoun, Noviembre de 2015.

**CSPLA**, *L’économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création* , Septiembre de 2016.

**CSPLA**, Rapport de la mission *Droit de communication au public*, P. Sirinelli, J.-A. Bénazéraf y A. Bensamoun, diciembre de 2016.

**CSPLA**, *Rapport de la Mission sur l'interopérabilité des contenus numériques*, Avril de 2017.

**CSPLA**, *Rapport de la Mission d'étude sur les outils de reconnaissance des contenus protégés par le droit d'auteur sur les plateformes numériques. La protection du droit d'auteur sur les plateformes numériques : les outils existants, les bonnes pratiques et leurs limites*, Décembre de 2017.

**CSPLA**, *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, 2018.

**CSPLA**, *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique*, Jean Martin, 30 de octobre de 2015.

**CSPLA**, *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, V.-L. Benabou, C. Zolynski y L. Cytermann, Septiembre de 2018.

**CSPLA**, *Services automatisés de référencement d'images . Rapport et proposition de modification législative*, P. Sirinelli y S. dormont, Noviembre de 2019 (pendiente de publicación).

**CSPLA**, *Rapport de la Mission sur les oeuvres transformatives*, V.-L. Benabou y F. Langrognnet, 2015

**CSPLA-HADOPI-CNC**, *Rapport de la mission sur Les outils de reconnaissance de contenus protégés sur les plateformes de partage en ligne: état de l'art et propositions*, (pendiente de publicación).

**LUCAS-SCHLOETTER (A.)**, *Dispositions sur le transfert de valeur dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (Considérents 38, 39, article 13)*, Estudio realizado para la GESAC, Marzo de 2017.

**HADOPI-IDATE**, *Étude du modèle économique de sites ou services de streaming et de téléchargement direct de contenus illicites*, 21 de marzo de 2012.

**HADOPI**, *Pratiques illicites de mise à disposition : représentations et motivations - Rapport qualitatif*, Noviembre de 2016.

**HADOPI**, *Rapport de veille internationale. Analyse des différents modèles étrangers de lutte contre la contrefaçon en matière de droits d'auteur et de droits voisins sur Internet*, Julio de 2017, p. 13.

**HADOPI**, *L'écosystème illicite de biens culturels dématérialisés. Les modèles économiques des sites ou services illégaux de streaming et de téléchargement de biens culturels*, Enero de 2019.

**IFPI**, *Global Music Report. Music Consumption Worldwide. State of the Industry Overview 2016*.

**IFPI**, *Global Music Report*, 2018.

**IMBERT-QUARETTA (M.)**, *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne*, Rapport, mai 2014.

**SIRINELLI (P.)**, *Présentation de la charte française du 16 décembre 2009 en matière de lutte contre la cyber-contrefaçon*, OMPI, Comité consultatif sur l'application des droits, Septième Session, Genève, 30 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 2011.

<b>PRINCIPALES ABREVIATURAS CITADAS .....</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>PRIMERA PARTE: LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE LOS ACTORES TRADICIONALES .....</b>	<b>18</b>
<b>TÍTULO I: LA REIVINDICACIÓN DE UN “DERECHO AL ACCESO” POR PARTE DEL PÚBLICO .....</b>	<b>21</b>
Capítulo 1: El paso de un público “amateur” a un público “consumidor” de obras.....	24
Sección 1ª: La reivindicación de un derecho “a la gratuidad” .....	27
§ 1. <i>La gratuidad en Internet: una ilusión</i> .....	29
A. La gratuidad, una noción polisémica.....	29
B. Las formas de gratuidad presentes en Internet .....	32
§ 2. <i>La existencia de un derecho “a la gratuidad”: una confusión</i> .....	35
A. La instrumentalización de los derechos fundamentales .....	36
1. El contenido de los derechos invocados .....	38
a. El objeto .....	38
b. El alcance .....	42
2. Los sujetos de los derechos invocados .....	43
a. El sujeto activo .....	44
b. El sujeto pasivo .....	45
B. Los efectos en el derecho de autor .....	48
1. La creación de nuevas excepciones por el Juez.....	49
2. La interpretación extensiva de las excepciones existentes .....	57
Sección 2: El tratamiento de la gratuidad por el derecho de autor .....	59
§ 1. <i>La gratuidad conforme a la lógica del derecho de autor</i> .....	60
A. La gratuidad, voluntad del autor .....	61
B. La gratuidad, voluntad del legislador .....	65
1. Las obras en dominio público .....	66
2. Las excepciones al derecho de autor .....	69
§ 2. <i>La gratuidad contraria a la lógica del derecho de autor</i> .....	74
A. Los intentos de consagrar sistemas de copia privada gratuita o cuasi-gratuita .....	75
B. La gratuidad de las copias realizadas por medio de los sistemas de computación en la nube .....	79
Capítulo 2: El paso de un público “pasivo” a un público “activo” .....	85
Sección 1ª: La inclusión de los actos de difusión realizados por los particulares en el ámbito del derecho exclusivo.....	88
§ 1. El principio del sometimiento de los actos de difusión al derecho exclusivo.....	89
§2. La oportunidad de incluir tales comportamientos en el ámbito de una excepción .....	95
A. La creación de una excepción de user-generated content.....	97
B. La interpretación amplia de las excepciones de cita y parodia.....	102
Sección 2ª: La dificultad para encontrar una solución eficaz .....	108
§1. La ineficacia de los mecanismos sanción en contra de los particulares.....	109
A. La aplicación moderada del delito de <i>contrefaçon</i> en Francia. ....	109
B. La respuesta graduada (“réponse graduée”).....	111
1. La faceta pedagógica .....	112
2. La faceta sancionadora o represiva.....	116
§2. La sanción de las violaciones indirectas del derecho exclusivo .....	121
A. La evolución del marco normativo para el establecimiento de la legalidad .....	122
1. La dificultad de emprender acciones legales contra los particulares .....	123
a. La exclusión de la responsabilidad penal del internauta.....	123
b. Las deficiencias de la vía civil .....	125
2. El reconocimiento de la responsabilidad indirecta .....	133
a. El contexto previo .....	134

b. Los nuevos mecanismos de imputación de la responsabilidad indirecta .....	140
1) En el ámbito civil .....	141
2) En el ámbito penal.....	147
3) En el ámbito del procedimiento administrativo ante la Comisión de Propiedad Intelectual .....	149
B. El procedimiento de restablecimiento de la legalidad .....	151
<b>TÍTULO II: LA TENTACIÓN DE CONTROLAR EL ACCESO POR PARTE DE LOS TITULARES DE DERECHOS .....</b>	<b>157</b>
Capítulo 1: El control del acceso en las nuevas modalidades de comercialización de las obras en línea.....	159
Sección 1ª: El control directo de los actos de acceso .....	161
§1. La posibilidad de elegir el acceso a la obra .....	162
A. La interactividad, origen de las nuevas formas de acceder a las obras en línea. ....	162
B. La interactividad, origen de una nueva modalidad de comunicación pública .....	167
§2. La posibilidad de controlar el acceso a la obra.....	172
A. El concepto y la utilidad de las medidas tecnológicas de protección .....	173
B. El control del acceso en el derecho de autor .....	176
Sección 2ª. El control del acceso como etapa previa a la utilización de la obra.....	184
§1. El control del acceso como mecanismo para definir el uso de la obra .....	185
A. Los mecanismos de control de la utilización de la obra.....	186
B. Las consecuencias relacionadas con el derecho de autor .....	187
1. La extensión del derecho exclusivo de explotación a los actos cubiertos por una excepción .....	188
a. Las limitaciones que afectan a la reproductibilidad del ejemplar .....	188
b. Las limitaciones que afectan a la circulación del ejemplar en la esfera pública 193	
1) El préstamo de ejemplares digitales .....	194
2) La prohibición de realizar actos de disposición sobre el contenido digital	198
2. La confirmación de la extensión del derecho exclusivo de explotación en la Directiva 2001/29/CE .....	205
§ 2. El control del acceso como condición de ejercicio de las excepciones .....	218
A. La generalización del acceso lícito como condición para el disfrute de las excepciones.....	219
B. El concepto de acceso lícito .....	224
Capítulo 2: El refuerzo de las sanciones por medio del control del acceso a las obras.....	227
Sección 1ª: La protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección .....	228
§1. Aspectos generales de la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección	229
§2. Los actos sancionados jurídicamente .....	233
A. Los actos individuales de elusión de las medidas tecnológicas de protección .....	234
B. Las sanciones contra los actos preparatorios.....	236
Sección 2ª: La acción de cesación.....	240
§1. La interdicción de ordenar medidas generales y preventivas de filtrado .....	243
A. El régimen de exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información .....	243
B. Las precisiones introducidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	247
§2. La legalidad de las medidas de bloqueo del acceso.....	252
A. La configuración amplia de la acción de cesación.....	253
1. Las partes en la acción de cesación .....	254
2. La tipología de medidas de bloqueo del acceso.....	263
B. El principio de proporcionalidad como principio rector del alcance de la acción de cesación .....	266
1. La elección del tipo y la extensión de las medidas de cesación .....	267
2. La imputación del coste de las medidas de cesación .....	272
3. La actualización automática de las medidas de cesación .....	275

**SEGUNDA PARTE: LA EMERGENCIA DE SOLUCIONES JURÍDICAS  
ESPECÍFICAS FRENTE A LAS ACTIVIDADES DE LOS NUEVOS ACTORES  
DEL ENTORNO DIGITAL..... 280**

**TÍTULO I: LAS IMPLICACIONES FORZADAS ..... 284**

Capítulo 1: Las soluciones locales .....	286
Sección 1ª: La solución española a la captación del valor operada por parte de los servicios de agregación de noticias .....	290
§ 1. El conflicto de intereses entre los editores de prensa y los agregadores de noticias en línea. La existencia de un acto de explotación. ....	291
A. El funcionamiento de los servicios de agregación y la captación del valor de las publicaciones de prensa .....	291
B. La necesidad de una autorización por parte del titular de derechos .....	294
§ 2. El reconocimiento de una nueva excepción al derecho de autor en el artículo 32.2.1º TRLPI.....	300
A. El régimen del límite reconocido en beneficio de los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos .....	300
1. El ámbito de aplicación del límite.....	300
2. El sistema de compensación equitativa.....	306
B. Perspectivas críticas y fracaso del dispositivo .....	308
Sección 2ª: La solución francesa a la captación del valor operada por los servicios de referenciamiento de imágenes .....	311
§ 1. Los actos de explotación realizados por los motores de búsqueda de imágenes .....	312
§ 2. El reconocimiento de un derecho a obtener una remuneración .....	319
A. El funcionamiento del dispositivo.....	319
B. Crisis e inaplicación del dispositivo.....	322
1. La dudosa conformidad del dispositivo con el Derecho de la Unión Europea ...	322
2. Las posibles soluciones de lege ferenda .....	327
Capítulo 2: Las soluciones europeas .....	331
Sección 1ª: La protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea .....	333
§ 1. Una solución basada en el ejercicio del derecho exclusivo .....	335
§ 2. El contenido del nuevo derecho vecino en beneficio de las editoriales de prensa. ....	340
A. Delimitación positiva .....	340
1. El objeto .....	340
2. El régimen jurídico.....	341
B. Delimitación negativa .....	344
Sección 2ª: El uso de contenidos protegidos por parte de las plataformas colaborativas .....	348
§ 1. La ineficacia del monopolio de explotación frente a la actividad de determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información .....	350
A. El régimen de exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento .....	351
B. La extensión injustificada del régimen de exoneración de responsabilidad a determinados actores de la web 2.0 .....	355
1. Los criterios manejados por la jurisprudencia .....	355
2. Las consecuencias con respecto al derecho de autor .....	366
a. El paso a una lógica de <i>opt-out</i> .....	366
b. La reaparición en línea de contenidos previamente retirados .....	368
§ 2. Las disposiciones introducidas en la Directiva sobre los derechos de autor en el Mercado Único Digital .....	371
A. La recuperación de la oponibilidad del derecho exclusivo.....	373
1. La existencia de un acto de explotación .....	373
2. La necesidad de obtener una autorización de los titulares de derechos .....	384
a. La regla general .....	384
b. La previsión de un régimen específico de responsabilidad para las plataformas contributivas.....	387
B. Las disposiciones en favor de ciertas “libertades digitales” .....	392
1. Un régimen específico para las empresas emergentes.....	393



2. Las disposiciones para favorecer los “derechos” de los usuarios .....	395
<b>TÍTULO II: LAS IMPLICACIONES VOLUNTARIAS.....</b>	<b>400</b>
Capítulo 1: La multiplicación de los instrumentos de <i>soft law</i> en el derecho de autor .....	404
Sección 1ª: La promoción del “Derecho blando” en el derecho de autor .....	405
§1. La promoción del “Derecho blando”, una tendencia generalizada.....	406
§2. La promoción del “Derecho blando” en el ámbito de las infracciones de derechos en línea .....	408
Sección 2ª: El contenido de los instrumentos de <i>soft law</i> en el ámbito de las infracciones de derechos en línea .....	414
§1. Los elementos específicos .....	415
A. En los acuerdos concluidos con determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información .....	416
1. Los servicios de puesta a disposición de contenidos .....	416
2. Los servicios de localización de contenidos en línea .....	423
B. En los acuerdos concluidos con los intermediarios que aportan un sustento financiero .....	426
§2. Los elementos comunes o transversales .....	432
A. La impulsión por parte de las instituciones o poderes públicos .....	433
B. El establecimiento de una relación de cooperación entre las partes signatarias .....	435
Capítulo 2: La evaluación de los instrumentos de <i>soft law</i> en el ámbito del Derecho de autor .....	439
Sección 1ª: El interés de la adopción de instrumentos de <i>soft law</i> .....	439
§1. Los aspectos ligados a esta modalidad de producción normativa.....	440
§2. Los aspectos ligados a la recepción de la norma .....	445
Sección 2ª: La debilidad relativa de los instrumentos de <i>soft law</i> .....	446
§1. Una normatividad dudosa .....	447
A. La privatización de la norma .....	447
B. La ausencia de carácter obligatorio .....	450
§2. La normatividad potencial de los instrumentos de <i>soft law</i> .....	456
A. Consideraciones generales acerca del concepto de “fuerza normativa” .....	457
B. La fuerza normativa de los instrumentos de <i>soft law</i> .....	458
1. El endurecimiento de los instrumentos de <i>soft law</i> por intervención del legislador .....	459
2. El endurecimiento de los instrumentos de <i>soft law</i> por intervención del juez.....	461
a. La calificación jurídica de los instrumentos de “Derecho blando” .....	461
b. La calificación de los compromisos contraídos.....	466
1. El contenido del instrumento de “Derecho blando” como estándar de conducta .....	467
2. El recurso a construcciones doctrinales derivadas del principio de buena fe o de la confianza legítima.....	469
<b>CONCLUSIÓN GENERAL.....</b>	<b>478</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>489</b>

---

**Titre :** *L'usage des œuvres dans l'environnement numérique : à la recherche de nouveaux équilibres. Analyse juridique en droit français et espagnol.*

**Mots clés :** Droit d'auteur, environnement numérique, *User-generated content*, partage de la valeur, droits fondamentaux, contrefaçon en ligne.

**Résumé :** *Peer-to-peer, streaming, cloud computing*, téléchargement légal /illégal, référencement, liens hypertextes..., les œuvres connaissent grâce à l'Internet de nouveaux usages. Accentuant le don d'ubiquité des œuvres, les techniques numériques obligent aussi à réfléchir à de nouveaux équilibres. En effet, si le droit d'auteur français, décrit comme personnaliste et romantique, privilégie incontestablement la personne de l'auteur, il apparaît parfois trop rigide pour appréhender l'Internet. Est-ce à raison ? Le droit d'auteur, hier sublime protecteur des arts, est-il, sous l'effet du numérique, devenu liberticide ? Ses règles protectrices sont-elles adaptées aux nouvelles utilisations numériques des œuvres ? Les solutions apportées s'avèrent inefficaces. Si le droit espagnol est lui aussi de tradition continentale, l'approche y est différente, la contestation sans doute plus grande encore. En effet, la réponse française, par la loi « HADOPI », a cherché à engager la responsabilité de l'abonné de la ligne Internet. Au rebours, la loi espagnole « Sinde » sanctionne les intermédiaires qui rendent possible le téléchargement, plus particulièrement les sites qui fournissent des liens permettant le téléchargement illégal. Mais la solution ne devrait-elle pas, au minimum, être européenne ? Les différences d'appréhension du sujet entre la France et l'Espagne permettront d'enrichir la réflexion en montrant comment, au sein même de l'Union, les divergences sont nombreuses et problématiques. L'objectif de la recherche est donc à la fois d'apporter une lecture juridique de ces nouveaux usages, d'analyser les réponses apportées et d'envisager, de manière prospective, une solution idoine.

---

**Titre :** *L'usage des œuvres dans l'environnement numérique : à la recherche de nouveaux équilibres. Analyse juridique en droit français et espagnol.*

**Mots clés :** Droit d'auteur, environnement numérique, *User-generated content*, partage de la valeur, droits fondamentaux, contrefaçon en ligne.

**Résumé :** *Peer-to-peer, streaming, cloud computing*, téléchargement légal /illégal, référencement, liens hypertextes..., les œuvres connaissent grâce à l'Internet de nouveaux usages. Accentuant le don d'ubiquité des œuvres, les techniques numériques obligent aussi à réfléchir à de nouveaux équilibres. En effet, si le droit d'auteur français, décrit comme personnaliste et romantique, privilégie incontestablement la personne de l'auteur, il apparaît parfois trop rigide pour appréhender l'Internet. Est-ce à raison ? Le droit d'auteur, hier sublime protecteur des arts, est-il, sous l'effet du numérique, devenu liberticide ? Ses règles protectrices sont-elles adaptées aux nouvelles utilisations numériques des œuvres ? Les solutions apportées s'avèrent inefficaces. Si le droit espagnol est lui aussi de tradition continentale, l'approche y est différente, la contestation sans doute plus grande encore. En effet, la réponse française, par la loi « HADOPI », a cherché à engager la responsabilité de l'abonné de la ligne Internet. Au rebours, la loi espagnole « Sinde » sanctionne les intermédiaires qui rendent possible le téléchargement, plus particulièrement les sites qui fournissent des liens permettant le téléchargement illégal. Mais la solution ne devrait-elle pas, au minimum, être européenne ? Les différences d'appréhension du sujet entre la France et l'Espagne permettront d'enrichir la réflexion en montrant comment, au sein même de l'Union, les divergences sont nombreuses et problématiques. L'objectif de la recherche est donc à la fois d'apporter une lecture juridique de ces nouveaux usages, d'analyser les réponses apportées et d'envisager, de manière prospective, une solution idoine.

**Título:** *El uso de las obras en el entorno digital: en busca de nuevos equilibrios. Análisis jurídico en Derecho francés y español.*

**Palabras clave:** Derecho de autor, entorno digital, *User-generated content*, brecha del valor, Derechos Fundamentales, piratería digital.

**Abstract:** *Peer-to-peer, streaming, cloud computing*, descargas legales et ilegales, indexación, enlaces..., las obras conocen, gracias a Internet, nuevos usos. Acentuando el don de la ubicuidad de las obras, las tecnologías digitales obligan también a reflexionar sobre la consecución de nuevos equilibrios. En efecto, si el derecho de autor francés, descrito como personalista y romántico, otorga un privilegio indiscutible a la persona del autor, aparece en ocasiones como demasiado rígido para tratar las peculiaridades de Internet. ¿Es esto razonable? El derecho de autor, antaño sublime protector de las artes, ¿se ha convertido, bajo los efectos de la tecnología digital, en liberticida? ¿Sus reglas se adaptan a los nuevos usos digitales de las obras? Las soluciones aportadas se revelan ineficaces. Si el derecho español se inscribe también dentro de la tradición continental, la aproximación es diferente, y su crítica sin duda aún más fuerte. En efecto, la respuesta francesa aportada por la Ley "HADOPI" ha tratado de responsabilizar al titular de una línea a Internet. Por su parte, la Ley española "Sinde" persigue sancionar a los intermediarios que hacen posibles las descargas, y principalmente los sitios web que proporcionan enlaces que permiten las descargas ilegales. Sin embargo, ¿la solución no debería ser, como mínimo, europea? Las diferencias de tratamiento del tema entre el Derecho francés y el Derecho español permitirán enriquecer la reflexión demostrando cómo, en el seno de la Unión Europea, las diferencias son aún numerosas y problemáticas. El objetivo de la investigación es, a su vez, el de aportar una lectura jurídica de estos nuevos usos, analizar las respuestas aportadas y plantear, de forma prospectiva, una solución adecuada.